

Univ.-Ass. Mag. Christoph Kronthaler, Salzburg

Zur Abgrenzung von Naturalrestitution und Geldersatz beim Anlegerschaden

Zugleich ein Beitrag zur Beweislast für die Entwicklung der hypothetischen Alternativanlage

Nach der Judikatur¹⁾ und einem Teil der Lehre²⁾ kann ein klagender Anleger, solange er die Wertpapiere noch hält, vom Berater lediglich Naturalrestitution verlangen. Nach dem Verkauf der Papiere stehe dem Geschädigten hingegen ausschließlich Geldersatz zu. Im Folgenden soll auf die Frage der Abgrenzung von Naturalrestitution und Geldersatz näher eingegangen werden. Den Ausgangspunkt bildet dabei der prinzipielle Vorrang der Naturalrestitution.

Deskriptoren: Naturalrestitution, Geldersatz, Anlegerschaden, hypothetische Alternativanlage, Beweislast, Beweislastumkehr, Mitverschulden, realer Schaden, rechnerischer Schaden, Integritätsinteresse, Kausalität, Präventionsfunktion, rechtmäßiges Alternativverhalten, Teilhaftung. §§ 933a, 1304, 1323 ABGB.

Übersicht:

- A. Vorrang der Naturalrestitution
 - I. Möglichkeit der Naturalrestitution
 - II. Untunlichkeit durch Verkauf der Wertpapiere?
- B. Selbstvornahme der Naturalrestitution
 - I. Weigerung des Beraters, Ersatz zu leisten
 - II. Verständigungsobliegenheit des Anlegers versus Wahlrecht des Geschädigten
- C. Konsequenzen
 - I. Beweislast für die hypothetische Alternativanlage
 - II. Kritik an Lehre und Judikatur
 - III. Eigene Lösung
- D. Zusammenfassung

A. Vorrang der Naturalrestitution

Die *Naturalherstellung* ist grundsätzlich auf die *Beseitigung des realen Schadens*³⁾ gerichtet, der in

¹⁾ OGH 23.02.2006, 8 Ob 123/05d; 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; 19.02.2015, 6 Ob 7/15w.

²⁾ Koziol, Zum Ersatzanspruch unzulänglich aufgeklärter Anleger, in FS Picker (2010) 523 (526); *Kodek*, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11 (12); eingeschränkt auch *P. Bydlinski*, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159 (163); aM *Leupold/Ramharter*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativanlage, ÖBA 2010, 718 (722 f).

³⁾ Ein *realer Schaden* tritt in den Fällen der Haftung wegen fehlerhafter Anlageberatung schon immer dann ein, wenn der Anleger aufgrund der Beratung anstatt des gewünschten risikolosen ein risikoreiches Wertpapier erwirbt. Dies deshalb, weil die hA eine *nicht dem Willen des Anlegers entsprechende Zusammensetzung des Vermögens* als realen Schaden ansieht (*Kletečka*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 253/97z, ÖBA 1999, 391 ff; *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 161; *Kletečka/Holzinger*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus fehlerhafter Anlageberatung, ÖJZ 2009, 629 [630]; *Koziol* in FS Picker 528; *Wendehorst*, Anlageberatung, Risikoaufklärung und Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖBA 2010, 562 [565 und 570]; OGH 03.12.1997, 7 Ob 253/97z; 23.02.2006, 8 Ob 123/05d; 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; 23.07.2014, 8 Ob 66/14k; RIS-Justiz RS0120784 [T7]; anders wohl OGH 02.08.2012,

der tatsächlichen negativen Veränderung der Vermögensgüter des Geschädigten liegt.⁴⁾ Für den Fall, dass die Wiederherstellung unmöglich oder untunlich ist, ordnet § 1323 ABGB *Geldersatz* und damit den *Ausgleich des rechnerischen Schadens* an (Vorrang der Naturalrestitution⁵⁾). Während also die Naturalrestitution darauf abzielt, jenen Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte, und die Integrität des Geschädigten weitgehend zu schützen, wahrt der Geldersatz nur das bloße Wertinteresse des Geschädigten.

Für die Rsp stellt die *Veräußerung der unerwünschten Kapitalanlage* die *maßgebliche Zäsur* zwischen Naturalherstellung und Geldersatz dar. Diese Ansicht ist mE überprüfungsbedürftig, weil die Zurückversetzung in den vorigen Stand im Allgemeinen nur dann nicht statthaft ist, wenn diese entweder unmöglich oder untunlich ist.

I. Möglichkeit der Naturalrestitution

Nach dem Wortlaut des § 1323 ABGB ist alles in den vorigen Stand zurückzusetzen; in praxi wäre eine derart eng verstandene Naturalherstel-

4 Ob 67/12z). Der durch den Beratungsfehler verursachte *Eingriff in die Willensfreiheit* des Anlegers stellt einen *Nichtvermögensschaden* (non-economic loss) dar (*Wendehorst*, ÖBA 2010, 570; *M. Bydlinski*, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten, JBl 2011, 681 [685]), der konsequenterweise nur im Wege der Naturalrestitution beseitigt werden kann (dazu insbesondere *Reischauer* in Rummel, ABGB I³ [2000] Vor §§ 918–933 Rz 16 am Ende sowie *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts [2010] Rz 8/14).

⁴⁾ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 2/17.

⁵⁾ Der Vorrang der *Naturalrestitution* beruht auf der Annahme, dass die Zurückversetzung in den vorigen Stand den *besten und vollständigsten Ersatz* darstellt. Das *Integritätsinteresse* des Geschädigten *wird gewahrt* und der *Ausgleichsgedanke* bestmöglich *verwirklicht* (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 9/1; *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2b³ [2004] § 1323 Rz 1).

lung nur in wenigen Fällen tatsächlich möglich.⁶⁾ Die hA⁷⁾ lässt deshalb vollkommen einhellig die Schaffung einer wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzlage ausreichen. In den hier behandelten Anlegerschadensfällen gehen Lehre⁸⁾ und stRsp⁹⁾ demgegenüber von einem *ungewöhnlich engen Verständnis der Naturalrestitution* aus und verstehen darunter die Rückstellung der ungewollten Anlage Zug um Zug gegen Rückzahlung des ursprünglichen Erwerbspreises als Naturalrestitution. Beugnet man sich hingegen – wie auch sonst – mit der Schaffung einer bloß wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzlage, erscheint die Zurückversetzung in den vorigen Stand problemlos möglich:

Dem Anlageberater steht ja der Verkaufserlös in jedem Fall als Rückgabesurrogat zur Verfügung.¹⁰⁾

Das Unterbleiben der Rückstellung der empfohlenen Wertpapiere an den Anlageberater muss schon deshalb unschädlich sein, weil dieser sie im Regelfall auch vor der Beratung nicht selbst gehalten haben wird.¹¹⁾ Der Naturalrestitutionsanspruch steht nach richtiger Meinung¹²⁾ auch gegen einen Berater zu, der nicht mit eigenen Papieren handelt. Das ist ganz einfach damit zu rechtfertigen, dass es bei der *Naturalrestitution* alleine darum geht, den Geschädigten und nicht etwa den Schädiger in den vorigen Zustand zurückzusetzen.¹³⁾ Die Rückstellung der Papiere ist keinesfalls das primäre Ziel der Naturalherstellung, sondern folgt schlicht aus

dem Schadenersatzrechtlichen Bereicherungsverbot.¹⁴⁾

Die Zweifelhafteigkeit der Auffassung des OGH soll an einem einfachen Beispiel gezeigt werden:

Tauschen zwei Kunstsammler wertvolle Gemälde und stellt sich später heraus, dass es sich bei einem Tauschobjekt um eine Fälschung handelt, kann der irreführte Sammler nach hA¹⁵⁾ bei Vorliegen der allgemeinen Ersatzvoraussetzungen die *Aufhebung des Vertrages als Naturalrestitution* fordern. Auf Schadenersatzrechtlichem Wege ist es also möglich, das eingetauschte Bild wieder zurückzuerlangen; im Gegenzug besteht aufgrund des Bereicherungsverbot die Verpflichtung, das gefälschte Gemälde Zug um Zug zurückzustellen. Selbst wenn die Fälschung in der Zwischenzeit weiterveräußert worden wäre, würde niemand daran zweifeln, dass die Beseitigung des Tauschvertrages mittels Naturalherstellung trotzdem weiterhin möglich ist. Die Naturalrestitution bezweckt eben ausschließlich die Wiederherstellung der vorigen Güterlage des Geschädigten. Daran änderte selbst der spätere zufällige Untergang des gefälschten Gemäldes beim irreführten Sammler nichts (Zwei-Kondiktions-Theorie). Dies ist etwa für die verschuldensunabhängige Irrtumsanfechtung und die gewährleistungsrechtliche Wandlung vollkommen unbestritten. Es kann nichts anderes gelten, wenn sich der schuldhaft irreführte Kunstfreund der Instrumente des Schadenersatzrechts bedient.

Aus der soeben angesprochenen *Zwei-Kondiktions-Theorie* lässt sich mE ein gewichtiges Argument für die hier vertretene Auffassung gewinnen: Bei zufälligem Sachuntergang wird der (redliche) Konditionsschuldner nach hM¹⁶⁾ von seiner Rückstellungspflicht befreit, ohne den Anspruch auf das von ihm Geleistete zu verlieren. Beide Kondiktionsansprüche sind voneinander völlig unabhängig. Wie im Bereicherungsrecht geht es bei der „schadenersatzrechtlichen“ Vertragsaufhebung um die Frage der Rückabwicklung synallagmatischer Verträge, sodass man in (Schadenersatz-)Fällen letztlich zum selben Ergebnis gelangen muss.

Im obigen Beispiel gereicht selbst der zufällige Untergang des unechten Bildes dem irreführten Sammler nicht zum Nachteil. Dies muss also konsequenterweise umso mehr für den Verkauf des gefälschten Gemäldes gelten: Dem Schädiger verbleibt im Verkaufsfall mit dem erzielten Erlös ja sogar ein Rückgabesurrogat (*argumentum a maiori ad minus*).

⁶⁾ Etwa bei Sachentziehung und beim Entstehen von Verbindlichkeiten (vgl. *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 9/16).

⁷⁾ RIS-Justiz RS0030228 und RS0060539; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 9/17; *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2b³ § 1323 Rz 2; *P. Bydliński*, ÖBA 2008, 162; *Kletečka/Holzinger*, ÖJZ 2009, 631 Fn 24; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁵ (2010) Rz 13/49; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 720; *Koziol*, Haftung für unzulängliche Beratung bei Vermögensveranlagung, VR 2011 H 3, 21 (25); *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1323 Rz 4.

⁸⁾ *Wendehorst*, ÖBA 2010, 570; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 720; *Graf*, Was ist der Schaden des geschädigten Anlegers?, *ecolex* 2011, 391 (394 Fn 18); *Dullinger*, Aktuelle Fragen der Haftung wegen Beratungsfehlern bei der Vermögensanlage, *JBl* 2011, 693 (695); *Wilhelm*, Der „unbekannte objektive Schaden“: Zur Berechnung des Anlegerschadens, *ecolex* 2011, 891 (893).

⁹⁾ Etwa OGH 23.02.2006, 8 Ob 123/05d; 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; 23.07.2014, 8 Ob 66/14k; 19.02.2015, 6 Ob 7/15w.

¹⁰⁾ *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 722; aA *P. Bydliński*, ÖBA 2008, 163; *Wilhelm*, Zu Haftungs begründung und Haftungsausfüllung beim Anlegerschaden, *ecolex* 2010, 232 (233); *Trenker*, Umfang und Art des Ersatzanspruchs bei fehlerhafter Anlageberatung, *wbl* 2010, 618 (619).

¹¹⁾ Die Zulässigkeit der Naturalherstellung kann mE nicht deshalb in Frage gestellt werden, weil dem Berater dadurch die vom Geschädigten von dritter Seite erworbenen Wertpapiere aufgedrängt werden würden (anders allerdings *M. Bydliński*, *JBl* 2011, 685).

¹²⁾ Vgl. *Kletečka/Holzinger*, ÖJZ 2009, 631 Fn 24; *Kodek*, ÖBA 2012, 15 mwN; ebenso zB OGH 23.07.2014, 8 Ob 66/14k.

¹³⁾ Vgl. *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 9/1; *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2b³ § 1323 Rz 7; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁵ Rz 13/49 f.

¹⁴⁾ Vgl. OGH 23.07.2014, 8 Ob 66/14k; weiters *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 9/28.

¹⁵⁾ *Pletzer*, Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsaufhebung, *JBl* 2002, 545 (565); *P. Bydliński*, Bürgerliches Recht I⁶ (2013) Rz 6/39; *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I⁴ (2014) Rz 538.

¹⁶⁾ *Rummel* in Rummel, ABGB II/3³ (2002) Vor § 1431 Rz 24; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁵ Rz 15/37; *Apathy* in *Koziol/P. Bydliński/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014) § 1051 Rz 4; *Koziol* in *KBB*, ABGB⁴ § 1437 Rz 6; aA *Mader* in *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB VI³ (2006) § 1437 Rz 25; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II⁴ (2015) Rz 1774.

Wenn man die gerade entwickelten Gedanken in den hier interessierenden Anlegerschadensfällen zur Anwendung bringt, kann man zu keinem anderen Ergebnis gelangen.

Da die Naturalrestitution nach Verkauf der ungewollten Kapitalanlage, wie gerade ausführlich gezeigt, nicht unmöglich ist, muss als nächster Schritt die wirtschaftliche Tunlichkeit geprüft werden.

II. Untunlichkeit durch Verkauf der Wertpapiere?

Nach hM¹⁷⁾ ist der Naturalersatz nur dann untunlich, wenn das *Interesse des Schädigers am Geldersatz wesentlich schwerer wiegt* als das Interesse des Geschädigten am Naturalersatz. Die Grenze zur Untunlichkeit wird wegen des prinzipiellen Vorrangs der Naturalrestitution erst dann überschritten, wenn die Naturalherstellung einen *unverhältnismäßig höheren Aufwand* verursachen würde.¹⁸⁾

Eine wie auch immer geartete wirtschaftliche Unverhältnismäßigkeit ist allerdings bei genauerem Hinsehen weit und breit nicht zu erkennen; der Schädiger erhält nach Beseitigung des Wertpapierkaufvertrages qua Naturalrestitution den Veräußerungserlös. Dadurch wird eine unerwünschte Bereicherung des Geschädigten vermieden. Im Vergleich zum Geldersatz (Ersatz der Differenz zwischen Kauf- und Verkaufspreis) ist der ersatzpflichtige Anlageberater wirtschaftlich nicht beschwert. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Berater die zu Unrecht empfohlenen Papiere oder den Erlös aus der Veräußerung derselben zurückerhält.

Gegen die Untunlichkeit durch den bloßen Verkauf der Papiere spricht auch, dass nach der Veräußerung hinsichtlich des Rückstellungsanspruches gewisse Ähnlichkeiten zum *Rechtsfortwirkungsgedanken* und zum *stellvertretenden commodum* auftreten. Der vom Anleger lukrierte Veräußerungserlös tritt an die Stelle der ursprünglich erworbenen Wertpapiere. Der Zug-um-Zug-Rückgabeanspruch des Schädigers, der sich vor Verkauf noch auf die verkauften Papiere richtete, wirkt im Verkaufserlös fort. Der Rückgabeanspruch des Anlageberaters scheitert also nicht am Verkauf der Wertpapiere.

B. Selbstvornahme der Naturalrestitution

Lehnte man die zuvor vertretene Lösung ab, wäre die Zulässigkeit der Naturalherstellung auch auf einem anderen Weg zu begründen. Der *Verkauf der Wertpapiere* durch den Anleger ist nämlich unzweifelhaft als *Selbstvornahme der restitutio in integrum* anzusehen.¹⁹⁾

*Durch die Veräußerung der Anlage begibt sich der Anleger ganz gewiss nicht seines Integritätsinteresses.*²⁰⁾ Verkauft der Anleger bei anhaltenden

Kursverlusten, geht es ihm dabei zuallererst um die Verhinderung einer weiteren Vergrößerung des Schadens.²¹⁾ Durch den *Verkauf beseitigt* der Anleger unmittelbar die schadensbegründende *Beeinträchtigung seiner privatautonomen Selbstbestimmung*; er hält die risikobehafteten Papiere nicht länger in seinem Portfolio und die Vermögenszusammensetzung entspricht wieder seinen ursprünglichen (Risiko-)Vorstellungen.

Doch weicht nach dem Verkauf der im Wert gesunkenen Kapitalanlage der tatsächliche vom hypothetischen Vermögensstand ohne Fehlberatung ab. Die *verbleibende Differenz* kann der Anleger als *Abgeltung seines Integritätsinteresses in Geld* verlangen.²²⁾

Dem möglichen Einwand, dass der Kurs der Anlage ja wieder hätte ansteigen können und der Anleger dem Berater durch den voreiligen Verkauf einen Schaden zugefügt hat, ist zu entgegnen, dass die zutreffende hL²³⁾ eine Behalteobliegenheit des Anlegers mit guten Gründen verneint.

I. Weigerung des Beraters, Ersatz zu leisten

Besonders deutlich wird die Verfolgung des durch § 1323 ABGB geschützten Integritätsinteresses, wenn der *Berater* – wie in der Praxis wohl sehr häufig – eine *Rückabwicklung des Wertpapierkaufes ablehnt*.²⁴⁾ Speziell bei drohenden weiteren Kurseinbrüchen bleibt dem Anleger nichts anderes übrig, als die Wertpapiere selbst zu veräußern.

Aufgrund der Zurückweisung des Ersatzbegehrens des Anlegers wird die Naturalrestitution *durch den Anlageberater selbst* unstrittig *untunlich*; der Berater erscheint ja ab diesem Zeitpunkt nicht (mehr) länger geeignet, die Wiederherstellung vorzunehmen (Untunlichkeit der Wiederherstellung durch den Schädiger).²⁵⁾ Die Ablehnung des Anlageberaters alleine ändert jedoch nichts an der Möglichkeit der Wiederherstellung: Der Geschädigte kann seinen Schaden (Eingriff in die privatautonome Selbstbestimmung) immer noch durch Selbstvornahme der Naturalherstellung beseitigen. Ebenso wenig besteht ein Zweifel an der Tunlichkeit; die Abgeltung des Integritätsinteresses und der Geldersatz führen, wie gesagt, grundsätzlich zum selben Ergebnis.

Abschließend ist noch zu klären, ob der Anleger den Berater zwingend kontaktieren und diesen zum Ersatz auffordern muss oder ob er unmittelbar nach Erkennen des realen Schadens verkaufen kann.

²¹⁾ Demnach verfolgt der Anleger vordergründig seine eigenen Interessen; mittelbar aber auch jene des ersatzpflichtigen Beraters.

²²⁾ In diesem Sinn wohl auch *Schobel/Parzmayr*, ÖBA 2010, 169.

²³⁾ *Brandl/Hohensinner*, Feststellungsbegehren und Mitverschuldenseinwand in Gerichtsverfahren wegen Anlageberatungsfehlern, ÖBA 2004, 602 (605); *Koziol* in FS Picker 533; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 732.

²⁴⁾ Meist wird der Anlageberater zugleich überhaupt die fehlerhafte Beratung bestreiten.

²⁵⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 9/23.

¹⁷⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 9/19 und 9/21.

¹⁸⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 9/19; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁵ Rz 13/50.

¹⁹⁾ So zutreffend *Schobel/Parzmayr*, Anlegerschaden und Schadensberechnung, ÖBA 2010, 165 (169); dazu allgemein *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 9/7 ff; vgl auch § 249 Abs 2 S 1 BGB.

²⁰⁾ AA *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 163; *M. Bydlinski*, JBl 2011, 682.

II. Verständigungsobliegenheit des Anlegers versus Wahlrecht des Geschädigten

Nach ganz überwiegender Ansicht²⁶⁾ trifft den Anleger eine *Obliegenheit, Kontakt* zu seinem Berater *aufzunehmen*. Durch die Verständigung kann dieser die Ersatzansprüche des Anlegers sofort anerkennen, die Papiere zurücknehmen und den Schaden damit beseitigen.²⁷⁾

Die Kontaktaufnahmeobliegenheit steht im Einklang mit der Auffassung,²⁸⁾ dass nach § 1323 ABGB *primär dem Schädiger die Herstellung des vorigen Zustandes in natura zusteht*, diesem – entsprechend § 933a ABGB – ein „Verbesserungsversuch“ einzuräumen ist.

Dagegen besteht nach *Reischauer*²⁹⁾ ein *Wahlrecht, Naturalherstellung durch den Schädiger zu verlangen* oder *selbst vorzunehmen* und den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Dies folgt nach ihm daraus, dass die Wiederherstellung alleine im Interesse des Geschädigten liegt. Schließt man sich dieser Auffassung an, wäre die nahezu einhellig befürwortete Verständigungsobliegenheit abzulehnen.

ME muss der Anleger in jedem Fall mit seinem Berater in Kontakt treten: Letzterer erhalte so nämlich die *Möglichkeit*, seine *Ersatzpflicht anzuerkennen*. Damit könnte der sachverständige Anlageberater bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt, etwa kurz nach Erkennen der ersten Kursverluste, geeignete Dispositionen treffen, um ein weiteres Anwachsen des Schadens zu verhindern.³⁰⁾ Dem Anleger ist eine *Kontaktaufnahme* auch sicherlich ohne Weiteres *zumutbar*.³¹⁾ Außerdem besteht durch eine *zeitnahe Verständigung* des Schädigers gewiss eine *weitaus größere Chance* für den Geschädigten, außergerichtlich *Ersatz zu erlangen*, da sich der Schaden in vielen Fällen durch langes Zuwarten weiter vergrößert und mit zunehmender Schadenshöhe die Chance einer außergerichtlichen Einigung sinkt.

Der ohne vorherige Verständigung des Anlageberaters selbstrestituierende Anleger kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht mehr verlangen als jene Kosten, die dem Schädiger bei sofortiger Aner-

kennung des Ersatzanspruches³²⁾ entstanden wäre.³³⁾ Die Situation entspricht jener bei Selbstverbesserung unter Missachtung des Vorrangs von Verbesserung und Austausch (§ 932 Abs 1 ABGB).³⁴⁾ Die Verletzung der Verständigungsobliegenheit ist als *Mitverschulden* (§ 1304 ABGB) zu berücksichtigen.³⁵⁾ Eine Obliegenheitsverletzung des Anlegers, die zu einer weiteren Vergrößerung des Schadens führt, ist im Übrigen nur dann kausal, wenn dem Berater der Nachweis gelingt, dass er den Ersatzanspruch im Falle der rechtzeitigen Verständigung sofort anerkannt hätte.

C. Konsequenzen

Im Folgenden sind die rechtlichen Konsequenzen darzustellen, die sich aus der hier vertretenen Auffassung ableiten lassen. Nachgewiesen wurde in einem ersten Schritt nur, dass der Anleger bei Verkauf der ungewollten Anlage seinen Anspruch auf Naturalrestitution nicht verliert.

Die Antwort ist mE schlicht und einfach, dass der Anleger vom Berater trotz der Veräußerung der Wertpapiere die Verschaffung der hypothetischen Alternativanlage *in natura* verlangen kann (*doppelte Naturalrestitution*).³⁶⁾

Letztlich soll ja im Wege der Naturalherstellung zumindest im Nachhinein jener Zustand hergestellt werden, der ohne schädigendes Ereignis bestanden hätte.³⁷⁾ Im Falle ordnungsgemäßer Beratung hätte der Anleger eine seinen Vorstellungen entsprechende Anlage erworben. Um den Zustand ohne schädigendes Ereignis im Nachhinein herbeizuführen, muss dem geschädigten Anleger die ursprünglich gewollte Anlage verschafft werden. Der Berater erhält im Gegenzug die von ihm empfohlene Wertanlage oder – im Verkaufsfall – den Veräußerungserlös heraus.

³²⁾ Der Berater muss aber den Beweis erbringen, dass er die Papiere vom Anleger zurückgenommen hätte. Nachdem der Berater ganz regelmäßig seine Haftung bereits dem Grunde nach bestreitet, wird der geforderte Beweis in praxi wohl zumeist misslingen, wie *Kodek* (ÖBA 2012, 21) zutreffend betont.

³³⁾ Vgl *Kletečka*, *ecolex* 1996, 234; *P. Bydlinski* in *KBB*, *ABGB*⁴ § 932 Rz 15.

³⁴⁾ Siehe etwa *OGH* 16.06.2008, 8 Ob 14/08d; vgl auch *Kletečka*, *Gewährleistung neu* (2001) § 932 Rz 17; ausführlich *Holzinger*, *Ansprüche im Falle voreiliger Selbstvornahme der Verbesserung durch den Unternehmer*, *RdW* 2008, 636 (636 ff).

³⁵⁾ *ZB Leupold/Ramharter*, *ÖBA* 2010, 732.

³⁶⁾ Vgl insbesondere *Kletečka/Holzinger*, *ÖJZ* 2009, 631 Fn 24; siehe weiters *P. Bydlinski*, *ÖBA* 2008, 162; *Koziol* in *FS Picker* 536; *Wendehorst*, *ÖBA* 2010, 570; *Leupold/Ramharter*, *ÖBA* 2010, 721 f; *Kodek*, *ÖBA* 2012, 14.

³⁷⁾ *Welser*, *Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes*, *ecolex* 1995, 79 (82); *P. Bydlinski*, *ÖBA* 2008, 162; *Koziol* in *FS Picker* 535 f; *Leupold/Ramharter*, *ÖBA* 2010, 720 ff; aus der zahlreichen Judikatur unter anderem *OGH* 08.06.1993, 4 Ob 516/93; 23.02.2006, 8 Ob 123/05d; 28.01.2011, 6 Ob 231/10d; 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; 18.02.2013, 7 Ob 5/12d; jüngst beispielsweise *OGH* 23.07.2014, 8 Ob 66/14k; siehe auch *RIS-Justiz* RS0108267.

²⁶⁾ *Brandl/Hohensinner*, *ÖBA* 2004, 605; *P. Bydlinski*, *ÖBA* 2008, 171; *Koziol* in *FS Picker* 533 f; *derselbe*, *VR* 2011 H 3, 23 f; *Schopper*, *Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten und kurze Verjährung nach § 1489 Satz 1 ABGB*, *ÖBA* 2014, 246 (247 ff); aA *Kodek*, *ÖBA* 2012, 21. Für eine Obliegenheit zur Verständigung erst ab Feststehen der Ersatzpflicht *Ramharter*, *Aktuelle Fragen der Anlageberatungshaftung*, *Zak* 2009, 404 sowie *Leupold/Ramharter*, *ÖBA* 2010, 732. Einen guten Überblick über den Meinungsstand bietet *Bollenberger*, *Fehlerhafte Anlageberatung – Informationsobliegenheiten und -pflichten des Kunden*, in *FS Fenyves* (2013) 49 (50 ff).

²⁷⁾ Vgl *Koziol* in *FS Picker* 533 f; *Leupold/Ramharter*, *ÖBA* 2010, 732; *Bollenberger* in *FS Fenyves* 49.

²⁸⁾ *Welser*, *Schadenersatz statt Gewährleistung* (1994) 28 ff; *Kletečka*, *Naturalrestitution und Verjährung bei Ersatz des Mangelschadens*, *ecolex* 1996, 234 (234 f).

²⁹⁾ In *Rummel*, *ABGB* II/2b³ § 1323 Rz 7 und 11.

³⁰⁾ Vgl *Koziol* in *FS Picker* 533 f; *Leupold/Ramharter*, *ÖBA* 2010, 732; *Bollenberger* in *FS Fenyves* 51.

³¹⁾ *Brandl/Hohensinner*, *ÖBA* 2004, 605.

I. Beweislast für die hypothetische Alternativanlage

Um einiges schwieriger zu beantworten ist allerdings die Frage, wer die *Beweislast* für die Entwicklung der hypothetischen Alternativanlage trägt. Die bislang vorgeschlagenen Lösungsansätze überzeugen mE nicht vollends; im Detail erscheint mehr oder minder alles strittig. Trotz teils massiver Kritik der Lehre³⁸⁾ scheint sich die Judikatur ihrer Sache in der Beweislastfrage einigermaßen sicher zu sein.³⁹⁾ Ungeachtet dessen soll nachfolgend ein weiterer Versuch unternommen werden, eine tragfähige Lösung zu entwickeln, um die Rsp doch noch zu einem Umdenken zu bewegen.

Die Berücksichtigung der hypothetischen Alternativanlage beruhe nach einer vielfach vertretenen Auffassung⁴⁰⁾ auf dem Gedanken, dass der Berater nur jenen Schaden zu ersetzen hat, den er durch sein rechtswidriges Verhalten verursacht hat. Dabei sei aber Folgendes zu bedenken: Wollte der Anleger jedenfalls in Wertpapiere investieren, müsse „auch berücksichtigt werden, [dass] die Kurse nahezu sämtlicher Wertpapiere gefallen sind“.⁴¹⁾ Der Anleger hätte dann mit hoher Wahrscheinlichkeit auch beim Erwerb jedes anderen Papiers Verluste zu tragen gehabt. Hat der Anlageberater unvollständig aufgeklärt und der Anleger dadurch einen Totalverlust erlitten, dann sei der unrichtige Rat zumindest für jenen Schadensteil nicht die *conditio sine qua non*, den der Anleger auch bei korrekter Aufklärung erworben hätte.

Daran anknüpfend ist nach dem überwiegenden Teil der einschlägigen Entscheidungen „im Zuge der Kausalitätsprüfung zu klären“, wie ein richtig und vollständig beratener Anleger disponiert hätte;⁴²⁾ die Frage der Beweislast für die hypothetische Alternativanlage ist also nach überwiegender Meinung⁴³⁾ eine Frage der Beweislast für die Kausalität. Teile der Lehre und die jüngere Rsp tendieren dagegen zur Einordnung dieser Frage in den Bereich des Schadensnachweises.⁴⁴⁾

Den geschädigten Anleger trifft nach der *Judikatur*⁴⁵⁾ „die Behauptungs-⁴⁶⁾ und Beweislast nicht nur dafür, dass er bei korrekter Information die tatsächlich gezeichneten Wertpapiere nicht erworben hätte, sondern auch dafür, wie er sich bei korrekter Information hypothetisch alternativ verhalten und sich so sein Vermögen entwickelt hätte“. Im Ergebnis reicht es freilich schon aus, wenn der Anleger die hypothetische Vermögensentwicklung „plausibel“ macht.⁴⁷⁾ Dem Berater stehe jedoch der Nachweis frei, dass ein anderer Verlauf wahrscheinlicher sei.⁴⁸⁾

Der überwiegende Teil der Lehre lehnt die Rsp entschieden ab: Mit unterschiedlicher Begründung wird vertreten, dass die Beweislast dem Anlageberater auferlegt werden müsse.⁴⁹⁾ Zunächst sollen daher die in der bisherigen literarischen Diskussion vorgebrachten Argumente kurz dar- und einander gegenübergestellt werden.

Unter Hinweis auf den *Zweck der Aufklärungspflichten*⁵⁰⁾ sowie das *konkret gefährliche* und *rechtswidrige Verhalten* des Beraters und die dadurch herbeigeführte Unaufklärbarkeit des Geschehensablaufs bei rechtskonformem Verhalten wird eine *Beweislastumkehr* befürwortet.⁵¹⁾ Der Berater habe dem Anleger durch die mangelhafte

³⁸⁾ Vgl OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i sowie 02.08.2012, 4 Ob 67/12z jeweils mit zahlreichen Nachweisen „kritischer Lehrmeinungen“.

³⁹⁾ In diesem Sinne auch Riedler, Anlegerschäden, ÖJZ 2013, 811 (819).

⁴⁰⁾ Koziol in FS Picker 532 und 539; Wendehorst, ÖBA 2010, 766; so wohl auch Riedler, ÖJZ 2013, 818.

⁴¹⁾ So Koziol in FS Picker 532.

⁴²⁾ OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; 29.01.2014; 7 Ob 221/13w; vgl auch OGH 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; vgl auch Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 729.

⁴³⁾ Vgl Fn 40 und 42.

⁴⁴⁾ P. Bydlinski, ÖBA 2008, 165; Trenker, Die hypothetische Alternativveranlagung, ÖJZ 2013, 5 (7); OGH 02.08.2012, 4 Ob 67/12z; 13.02.2014, 2 Ob 17/13h. Offen lassend Gruber, Kapitalmarktinformationshaftung, hypothetische Alternativveranlagung und allgemeines Marktrisiko, ÖBA 2012, 572 (575). Dagegen überzeugend Dullinger, Anmerkung zu OGH 4 Ob 67/12z, JBl 2012, 793; dieselbe, Zur Kausalitätsbeweislast bei Verletzung von Aufklärungspflichten, in FS Kerschner (2013) 169 (183).

⁴⁵⁾ OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; 15.03.2012, 6 Ob 28/12d; 13.02.2014, 2 Ob 17/13h. Besonders ausführlich OGH 02.08.2012, 4 Ob 67/12z. Der Judikatur zustimmend Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 725 ff (insbesondere 729); Kodek, ÖBA 2012, 23; Gruber, ÖBA 2012, 575 f; Trenker, ÖJZ 2013, 8. Kritisch P. Bydlinski, ÖBA 2008, 165 ff. Ablehnend Koziol in FS Picker 539 ff; Dullinger, JBl 2011, 697; M. Bydlinski, JBl 2011, 686 Fn 33; Riedler, ÖJZ 2013, 819 ff.

⁴⁶⁾ An die Behauptungslast des Anlegers stellt die Judikatur keine allzu strengen Anforderungen: Im Begehren auf Zahlung des veranlagten Betrages sei regelmäßig die Behauptung enthalten, dass die Alternativanlage (zumindest) das Kapital erhalten hätte (vgl zB OGH 02.08.2012, 4 Ob 67/12z; 29.01.2014, 7 Ob 221/13w).

⁴⁷⁾ ZB OGH 28.01.2011, 6 Ob 231/10d; Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 729; vgl auch OGH 22.04.2008, 10 Ob 103/07f.

⁴⁸⁾ OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; 02.08.2012, 4 Ob 67/12z.

⁴⁹⁾ P. Bydlinski, ÖBA 2008, 167 f (allerdings als bloßes „Zwischenergebnis“); Wendehorst, ÖBA 2010, 571; M. Bydlinski, JBl 2011, 686 Fn 33; Riedler, ÖJZ 2013, 819 ff (insbesondere 822 f). Was die Beweislast für den (realen) Schaden und die Kausalität betrifft, stimmt Dullinger, JBl 2011, 695 ff, der Judikatur, die dem klagenden Anleger Beweiserleichterungen gewähren möchte, zu. Anderes gelte nur im Bereich der Beweislast für die hypothetische Alternativanlage; der Berater wende hier nämlich im Ergebnis rechtmäßiges Alternativverhalten ein und sei dafür nach allgemeinen Grundsätzen beweispflichtig.

⁵⁰⁾ „Die Aufklärungspflichten verfolgen das Ziel, die Entscheidungsfreiheit zu schützen und sollen dem Aufzuklärenden die Möglichkeit eröffnen, möglichst sachlich fundiert über die zu setzenden Maßnahmen selbst zu entscheiden“ (so treffend Koziol in FS Picker 541).

⁵¹⁾ Koziol in FS Picker 539 ff. Auf diesen Gesichtspunkt weist auch schon P. Bydlinski, ÖBA 2008, 166 hin: Es dürfe nicht vernachlässigt werden, dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung keine Beweisprobleme aufgetreten wären!

Aufklärung auf rechtswidrige Weise die Möglichkeit genommen, eine sachlich fundierte Entscheidung zu treffen.⁵²⁾ Im Nachhinein den Beweis zu erbringen, wie bei gehöriger Beratung im ursprünglichen Zeitpunkt entschieden worden wäre, sei „geradezu unmöglich“.⁵³⁾ Das Risiko, ex post nicht mehr feststellen zu können, wie ein hypothetischer Willensentschluss ausgefallen wäre, habe daher derjenige zu tragen, der durch sein Fehlverhalten diese Beweisschwierigkeiten bewirkt hat.⁵⁴⁾ Dafür könnten auch materiellrechtliche Erwägungen – namentlich die anerkannten Grundsätze der Naturalherstellung – ins Treffen geführt werden.⁵⁵⁾ Außerdem habe eine Beweislastumkehr erhebliche Präventionsfunktion.⁵⁶⁾

Ferner stehe die Judikatur zur Beweislast für die Auswahl und Entwicklung der hypothetischen Alternativanlage „in massivem Widerspruch“ zur bislang in Lehre und Rsp weitgehend einhellig vertretenen Beweislastumkehr im Falle des *Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens*.⁵⁷⁾ Sofern Verursachung und rechtswidriges Verhalten feststehe, müsse im Allgemeinen der Schädiger den Beweis erbringen, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre.⁵⁸⁾ Könne der geschädigte Anleger nachweisen, dass er das konkrete Anlageprodukt bei gehöriger Aufklärung und Information durch den Berater nicht erworben hätte, stehe damit nicht nur der reale Schaden, sondern auch die Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens fest.

Diese Ansicht ist jedoch mehrfach auf Ablehnung gestoßen.⁵⁹⁾ Die Grundsätze, die zur Beweislast für rechtmäßiges Alternativverhalten entwickelt wurden, passten nämlich nicht wirklich für Anleger Schadensfälle.⁶⁰⁾ Dafür wäre erforderlich, dass der

Anlageberater den Schaden durch eine andere Verhaltensweise als durch das Unterlassen des geschuldeten Tuns herbeiführen könnte.⁶¹⁾ Es gehe auch gar nicht um die Frage, wie sich das rechtmäßige Verhalten des Beraters auf den Schaden ausgewirkt hätte. Vielmehr stehe das hypothetische Verhalten des Anlegers im Fall korrekter Information zur Diskussion. Mit dem Befund des rechtmäßigen Alternativverhaltens stehe nur fest, dass der Anleger die tatsächlich angeschaffte Anlage nicht gekauft hätte. Welches andere Wertpapier der Anleger stattdessen erworben hätte, könne nur dieser selbst dartun, er stehe dem diesbezüglichen Beweis näher.⁶²⁾

Hingewiesen wird überdies auf eine „strukturelle Ähnlichkeit“ zu den Fällen überholender Kausalität,⁶³⁾ insbesondere zu den sogenannten Schadensanlagefällen.⁶⁴⁾ In den Anlegerschadensfällen liege die Reserveursache zwar nicht „in einem realen Ereignis oder Faktum (Schadensanlage des Geschädigten)“, sondern in einer bloß hypothetischen Alternativursache. Wegen der „strukturellen Ähnlichkeit“ beider Konstellationen liege es nahe, die Beweislastfrage gleich zu behandeln; der Anlageberater habe daher die Beweislast für die hypothetische Alternativanlage zu tragen.⁶⁵⁾

Einen völlig anderen Weg geht P. Bydlinski,⁶⁶⁾ der eine „Gesamtschau bei Unaufklärbarkeit“ vorschlägt. Eine Lösung mit Hilfe der Beweislast führe nach ihm zwangsläufig zu „einseitigen Alles-oder-Nichts-Lösungen“. Dem beweisbelasteten Berater

gerade nicht zutrefte. Der Anleger müsse die Beweislast für den hypothetischen Schaden tragen. ME zu Recht ablehnend Riedler, ÖJZ 2013, 820 Fn 101.

⁵²⁾ Die von Kodek, ÖBA 2012, 23 und Gruber, ÖBA 2012, 576 behauptete generelle Nichtübertragbarkeit jener Grundsätze, die zur Beweislast für rechtmäßiges Alternativverhalten entwickelt wurden, auf Unterlassungen lässt mE außer Acht, dass die Heranziehung genau dieser Beweislastregeln in der Lehre von Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 393 und Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/12 vertreten wird. Die Annahme der Nichtübertragbarkeit beruht wohl darauf, dass bei der Unterlassung die Kausalität durch das Hinzudenken des gebotenen Handelns geprüft wird und damit der Kausalitätsnachweis und der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zusammenfallen (zB Koziol, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12 [13]). Daraus zu schließen, der Anleger habe die Beweislast für die Entwicklung der Alternativanlage zu tragen, ist mE verfrüht (siehe dazu unten C.II.).

⁶²⁾ Gruber, ÖBA 2012, 576.

⁶³⁾ Bei überholender Kausalität haftet nach wohl überwiegender Meinung jener Schädiger, der den Schaden real herbeigeführt hat (Reischauer in Rummel, ABGB II/2a³ [2007] § 1302 Rz 14; Harrer in Schwimann, ABGB VI³ §§ 1301, 1302 Rz 37 f; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1383; aA Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/58 ff; Karner in KBB, ABGB⁴ § 1302 Rz 9).

⁶⁴⁾ Dullinger in FS Kerschner 184 ff. Riedler, ÖJZ 2013, 820 erkennt gar eine „frappierende“ Ähnlichkeit.

⁶⁵⁾ Riedler, ÖJZ 2013, 820.

⁶⁶⁾ ÖBA 2008, 168 ff; wobei P. Bydlinski seiner „Gesamtschaulösung“ vorgelagert – wie oben schon erwähnt – zum „Zwischenergebnis“ einer Beweislast des Beraters kommt.

⁵²⁾ So auch P. Bydlinski, ÖBA 2008, 166.

⁵³⁾ Koziol in FS Picker 541.

⁵⁴⁾ Koziol in FS Picker 541.

⁵⁵⁾ Koziol in FS Picker 541 f. P. Bydlinski, ÖBA 2008, 166, erachtet dieses Argument als „sekundär“. Zweifelnd jedoch Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 728: „Mit dem Wissen ex post über die Kursentwicklung der hypothetischen Alternativanlagen ist das Nachholen der Anlageentscheidung in einer dem ursprünglichen Investitionszeitpunkt gleichartigen Position, weil der Schleier der Ungewissheit nunmehr gelüftet ist, wohl schlichtweg unmöglich.“

⁵⁶⁾ Koziol in FS Picker 541 f. So wohl auch P. Bydlinski, ÖBA 2008, 166. Vgl auch Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 728.

⁵⁷⁾ Dullinger, JBl 2011, 696 f; vgl dieselbe in FS Kerschner 184 f. Siehe auch Graf, OGH verteidigt Prospekthafung, eclex 2011, 599 (600).

⁵⁸⁾ Vgl stellvertretend dafür Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/67.

⁵⁹⁾ Kodek, ÖBA 2012, 23; Gruber, ÖBA 2012, 576.

⁶⁰⁾ Kodek, ÖBA 2012, 23. Trenker, ÖJZ 2013, 8 behauptet sogar, dass in den „herkömmlichen Fällen“ des rechtmäßigen Alternativverhaltens ein Schaden überhaupt nicht eingetreten wäre, während Anleger sich wegen ihres vorgefassten Anlageentschlusses „in aller Regel“ für irgendeine Investition entschieden und daher auch ohne schädigendes Ereignis fast zwangsläufig einen rechnerischen Schaden erlitten hätten. Es bestehe eine unterschiedliche „Wertungsgrundlage“, da das typische „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ in den Anlegerschadensfällen

drohe in vielen Fällen die volle Haftung, selbst wenn er den Schaden des Anlegers nur möglicherweise verursacht hat.⁶⁷⁾ Eine sachgerechtere Alternative könnte demgegenüber in einer *Teilhaftungs-lösung* liegen. Dafür spräche die Vergleichbarkeit der Anlegerschäden mit den Wertungen der alternativen Kausalität bei Konkurrenz von haftbar machendem Ereignis und Zufall.⁶⁸⁾ Zwar lägen die Beraterhaftungsfälle nicht ganz gleich, von den entscheidenden Wertungen her bestünden jedoch deutliche Parallelen. Möglicherweise wäre dem Anleger bei korrekter Beratung – weil er trotzdem dasselbe Papier erworben hätte – derselbe Schaden erwachsen („Zufallskomponente“). Ebenso wahrscheinlich sei aber, dass der Anleger ein anderes Wertpapier gewählt hätte. Die freie Entscheidungsmöglichkeit des Anlegers wurde diesem durch die Fehlberatung, also durch ein schuldhaft-rechtswidriges Verhalten, genommen. Konsequenterweise spreche das „für die anteilige Zuweisung des Risikos an beide, nicht allein an einen“.⁶⁹⁾ Bei mehreren verbleibenden Anlagealternativen sei rechnerisch „so zu tun, als ob anteilig in die in Betracht kommenden Anlagen investiert worden wäre“.⁷⁰⁾

Gegen die „Teilhaftungs-lösung“ spricht insbesondere, dass eine Schadensteilung bei Konkurrenz von Haftungsgrund und Zufall in der Lehre heftig umstritten ist.⁷¹⁾ Vor allem *Kletečka*⁷²⁾ hat mE überzeugend dargelegt, dass eine Schadensteilung mit dem geltenden Recht keinesfalls zu vereinbaren ist. Die „Teilhaftungs-lösung“ hat aber auch Widerspruch von einem ganz maßgeblichen Befürworter der „Schadensteilungsthese“ hervorgerufen: Nach *Koziol*⁷³⁾ gehe es hinsichtlich des Anlegers nicht um die unbewiesene Kausalität eines feststehenden realen, konkret gefährlichen Ereignisses für den eingetretenen Schaden. Tatsächlich sei in der Sphäre des Anlegers ein in höchstem Maße konkret gefährliches (und potentiell kausales) Ereignis noch gar nicht erwiesen. Da es damit nicht bloß an der Kausalität eines feststehenden Ereignisses fehle, sondern überhaupt an einem konkret gefährlichen Ereignis, reiche „die Rechtfertigung der Zurechnung

mit einem Verweis auf die alternative Kausalität nicht mehr aus“. Die Abschwächung des Verursachungserfordernisses durch das Ausreichen bloß potentieller anstatt nachgewiesener Kausalität müsse durch die zusätzliche Voraussetzung hoher konkreter Gefährlichkeit – also einer „Adäquanz in stärkster Ausprägung“ – aufgewogen werden; nur so bleibe das Gesamtgewicht der Zurechnungsgründe letztendlich gleich.⁷⁴⁾

II. Kritik an Lehre und Judikatur

Auffallend häufig ist im gegebenen Zusammenhang vom Unterlassen der gebotenen Aufklärung die Rede.⁷⁵⁾ Es scheint, als ginge man einfach pauschal davon aus, dass das schadensverursachende Verhalten des Anlageberaters immer in einem pflichtwidrigen Unterlassen besteht.⁷⁶⁾ Dies trifft freilich nur in einem Teil der Fälle zu: Namentlich bei der Verletzung vorvertraglicher oder vertraglicher Aufklärungspflichten. Erteilt der Berater hingegen eine konkrete Handlungsempfehlung, indem er etwa einem risikoscheuen Anleger rät, größere Teile seines Barvermögens in Aktien von deutschen Blue Chips zu investieren, steht mE eine mögliche Schädigung durch aktives Tun im Raum.⁷⁷⁾ Für eine Unterscheidung zwischen Fällen einer aktiven Handlung und von Unterlassungen lassen sich auch teleologische Erwägungen ins Feld führen:

Der Zweck von Aufklärungspflichten ist unstrittig, dem aufklärungsberechtigten Teil jene Informationen zu verschaffen und Hinweise zu erteilen, die er benötigt, um eine selbstbestimmte, freie Wil-

⁶⁷⁾ So auch *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 728, die meinen, es drohe eine „Haftung bloß auf geringsten Verdacht“.

⁶⁸⁾ Dazu näher etwa *Koziol*, Grundfragen Rz 5/86 ff.

⁶⁹⁾ *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 169.

⁷⁰⁾ *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 170.

⁷¹⁾ Dafür etwa: *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung (1964) 86 f; *derselbe*, Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen, in FS Frotz (1993) 3 (4 ff); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/36 ff; *derselbe*, Grundfragen Rz 5/86 ff; *Karner* in KBB, ABGB⁴ § 1302 Rz 5; dagegen aber insbesondere: *Welser*, Zur solidarischen Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen Recht. Eine Buchbesprechung, ZFRV 1968, 38 (42); *Kletečka*, Alternative Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall – Die Wahrscheinlichkeit als Haftungsgrund?, JBl 2009, 137 (139 ff); *Harrer*, Zufall und Wahrscheinlichkeit im Haftungsrecht, ZVR 2012, 440 (440 ff).

⁷²⁾ JBl 2009, 139 ff.

⁷³⁾ In FS Picker 544 f; diesem folgend *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 730; *Dullinger*, JBl 2011, 696 Fn 17; *dieselbe* in FS Kerschner 177 Fn 24.

⁷⁴⁾ *P. Bydlinski*, ÖBA 2012, 804 f, erwidert in einem späteren Beitrag direkt der Kritik *Koziols*: Eine Beweislastumkehr hätte zum Ergebnis, dass in allen Fällen, in denen sich der Geschehensablauf bei korrekter Beratung im Nachhinein nicht mehr rekonstruieren lässt, „die nicht völlig unplausible Behauptung der Wahl einer – gleich wahrscheinlichen – Variante unter mehreren zum vollen Ersatz eines bloß möglicherweise verursachten Schadens führt“. Auch der behauptete schwächere Zurechnungsgrund auf Seiten des Anlegers im Vergleich zur alternativen Kausalität mit Zufall könne durch die Berücksichtigung eines weiteren Gesichtspunktes aufgewogen werden: War der Anleger nämlich zu einem „gewissen Risiko“ bereit und wollte jedenfalls investieren, dann sei jede Anlageentscheidung, mag sie noch so informiert und wohlüberlegt getroffen worden sein, gefährlich, das heißt mit einem konkreten Schadensrisiko verbunden. Es überzeuge nicht, dem Anleger dieses Risiko zur Gänze abzunehmen, sofern im Verfahren offen bleibt, wie er sich bei gehöriger Aufklärung entschieden hätte. Den berechtigten Zweifeln *Koziols* hält die Erwiderung mE nicht stand: Auch wenn der Anleger in jedem Fall veranlagen wollte, kann alleine aus dem vorgefassten Anlageentschluss nicht ein in höchstem Maße konkret gefährliches Ereignis in der Sphäre des Anlegers konstruiert werden. Da völlig unklar ist, wie sich eine Wertanlage in der Zukunft entwickeln wird (vgl. *Schobel/Parzmayr*, ÖBA 2010, 172 unter Hinweis auf die „Efficient Market Hypothesis“), kann von einer hohen konkreten Gefährlichkeit keine Rede sein.

⁷⁵⁾ Vgl etwa *Kodek*, ÖBA 2012, 23; *Gruber*, ÖBA 2012, 576; OGH 02.08.2012, 4 Ob 67/12z.

⁷⁶⁾ Diese Einschätzung teilt auch *Dullinger* in FS Kerschner 176.

⁷⁷⁾ Vgl dazu *Dullinger* in FS Kerschner 176.

lensentscheidung⁷⁸⁾ treffen zu können.⁷⁹⁾ Umgelegt auf unsere Fälle bedeutet dies: Dem Anleger soll durch eine umfassende Aufklärung eine wohlinformierte Willensausübung ermöglicht werden.⁸⁰⁾ *Er soll in die Lage versetzt werden, selbstständig eine informierte Entscheidung zu treffen.*

Gibt der Anlageberater eine *Kaufempfehlung* ab, soll dem Anleger von vornherein keine freie Entscheidung ermöglicht werden. Vielmehr steuert der Berater erkennbar die Willensrichtung des Anlegers und entscheidet damit de facto, „*welche konkrete Anlage denn nun angeschafft werden soll*“.⁸¹⁾ Die Empfehlung eines konkreten Produktes stellt somit ein *positives Tun* dar. Es wäre ja geradezu absurd anzunehmen, das Verhalten bestünde in diesem Fall im Unterlassen der Empfehlung des richtigen Produktes. Das schadensverursachende Verhalten besteht hier schlicht und einfach in der Empfehlung einer falschen, „zu riskanten“ Wertanlage (realer Schaden).

Unzutreffend ist mE auch die Einordnung der hypothetischen Alternativanlage unter den Schadensbeweis, weil damit die Prüfung der Kausalität mit dem Schadensnachweis zusammenfielen: Steht nämlich fest, dass der Anleger die tatsächlich erworbene Anlage bei richtiger Aufklärung keinesfalls wollte, ist damit bereits der Nachweis des realen Schadens erbracht. Fraglich ist dann nur mehr die konkrete Schadenshöhe. Da der geschädigte Anleger in der Regel auch bei korrekter Beratung in Wertpapiere investiert hätte, war die fehlerhafte Anlageberatung für jenen Verlust nicht kausal, der in jedem Fall eingetreten wäre. Müsste der Geschädigte dagegen zusätzlich beweisen, welche Papiere er bei rechtmäßigem Verhalten des Beraters erworben hätte, bedürfte es keiner eigenständigen Kausalitätsprüfung mehr. Klärungsbedürftig ist daher lediglich, wer die Beweislast für die Kausalität zu tragen hat.

III. Eigene Lösung

Zur Herausarbeitung einer dogmatisch überzeugenden Lösung müssen *zwei Fallgruppen* gebildet werden: Auf der einen Seite stehen, wie erwähnt, die *Aufklärungspflichtverletzungen*, auf der anderen jene Fälle, in denen der Anlageberater konkrete (*Kauf-*)*Empfehlungen* erteilt.

Die überwiegend befürwortete Behandlung der Entwicklung der hypothetischen Alternativanlage im Rahmen der *Kausalitätsprüfung*⁸²⁾ ist mE nur für die *Verletzung von Aufklärungspflichten* zutreffend, weil in diesem Fall ein *Unterlassen* des

Aufklärungspflichtigen zur Diskussion steht.⁸³⁾ Wenn es die Kausalität einer Unterlassung festzustellen gilt, muss bekanntlich in einem ersten gedanklichen Zwischenschritt das gebotene Handeln hinzugedacht werden. Entfielen bei Beachtung des hinzuzudenkenden Handlungsgebots der Schaden, war die Unterlassung kausal.⁸⁴⁾ Das Hinzudenken des *pflichtgemäßen* Handelns hat aber zur Folge, dass bei Unterlassungen die Verursachungsprüfung und der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zusammenfallen.⁸⁵⁾

Bei *positivem Tun* widerspricht die Einbeziehung der Alternativanlage in die Kausalitätsprüfung jedoch der herrschenden Äquivalenztheorie.⁸⁶⁾ Die Ursächlichkeit einer aktiven Handlung wird mit Hilfe der *Conditio-sine-qua-non-Formel* durch Wegdenken des Verhaltens des präsumtiven Schädigers geprüft.⁸⁷⁾ Das bedeutet in den hier interessierenden Fällen: Sofern der reale Schaden⁸⁸⁾ des Anlegers durch das Wegdenken der Empfehlung seines Beraters entfielen, steht die Kausalität bereits unumstößlich fest.

Empfiehlt ein Anlageberater ein zu riskantes Produkt und disponiert der Anleger entsprechend der erhaltenen Empfehlung, führt dies notwendigerweise auch zum Eintritt eines *realen Schadens*: Die *Zusammensetzung des Vermögens* entspricht nämlich diesfalls nicht (mehr) dem Willen des Anlegers. Wie oben schon ausführlich gezeigt, war das Verhalten des Beraters auch kausal für diesen realen Schaden. Im hier betroffenen (vor-)vertraglichen Bereich kommt dem *Willen des Anlegers* alles entscheidende Bedeutung zu,⁸⁹⁾ weshalb sich die *Rechtswidrigkeit* unmittelbar aus der Beeinträchtigung des Willens des Anlegers ableiten lässt.

Schaden, Kausalität und Rechtswidrigkeit können bei der Anlageberaterhaftung nicht getrennt voneinander beurteilt werden: Der Eingriff in den freien Willen des Anlegers (Rechtswidrigkeit) führt, wie gesagt, auf direktem Wege zur ungewollten Vermögenszusammensetzung (realer Schaden). Denkt man sich wiederum das Verhalten des Beraters weg, entfielen zugleich der reale Schaden (Kausalität).⁹⁰⁾ Sofern den Berater ein Verschulden

⁷⁸⁾ „Man versteht darunter vor allem die Freiheit und Unabhängigkeit der Willensbildung von Einflüssen anderer Personen. Irreführung und psychischer Zwang [...] können die Freiheit des Willens beeinträchtigen“ (so treffend Strasser, Zum schadensrechtlichen Schutz der Gesellschaftssphäre, JBl 1965, 573).

⁷⁹⁾ ZB Dullinger in FS Kerschner 170.

⁸⁰⁾ P. Bydlinski, ÖBA 2008, 166 f; Koziol in FS Picker 541; Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 720; vgl auch BGH 08.05.2012, XI ZR 262/10 Rz 36.

⁸¹⁾ Vgl P. Bydlinski, ÖBA 2008, 166.

⁸²⁾ Vgl insbesondere Koziol in FS Picker 539.

⁸³⁾ Vgl Canaris, Die Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ und ihre Grundlagen, in FS Hadding (2004) 3 (13).

⁸⁴⁾ Koziol, RdW 2007, 13; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1368; anders aber wohl Koziol, Grundfragen Rz 5/66 f.

⁸⁵⁾ Koziol, Grundfragen Rz 7/24; Kletečka, Anmerkung zu OGH 8 ObA 10/14z, DRdA 2015, 247 (249) mwN.

⁸⁶⁾ So zutreffend Dullinger in FS Kerschner 184.

⁸⁷⁾ Koziol, RdW 2007, 13; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1368.

⁸⁸⁾ Wie oben schon erwähnt, liegt der reale Schaden bereits im Erwerb von Vermögenswerten, die vom Anleger tatsächlich nicht gewollt sind (statt aller Kletečka, ÖBA 1999, 391 ff).

⁸⁹⁾ Vgl Kletečka, ÖBA 1999, 391 ff; P. Bydlinski, ÖBA 2008, 161; Kletečka/Holzinger, ÖJZ 2009, 630; Koziol in FS Picker 528; Wendehorst, ÖBA 2010, 565 und 570.

⁹⁰⁾ Die „Untrennbarkeit von Schadens- und Kausalitätsnachweis“ erkannten zuvor schon Leupold/Ramharter, ÖBA 2010, 727.

trifft, hat er für den eingetretenen Schaden zu haften.

Möchte der Berater nunmehr – ungeachtet des Feststehens der Kausalität und seines rechtswidrigen Handelns – geltend machen, dass der Anleger auch bei korrekter Empfehlung einer Wertanlage einen Verlust erlitten hätte, ist dies mE als *Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens* anzusehen.⁹¹⁾ Die *Beweislast* dafür, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre, trägt nach ganz hL⁹²⁾ der *Schädiger*; in unseren Fällen ist dies der Anlageberater. Daran ändert freilich auch die hier befürwortete doppelte Naturalrestitution nichts: Der Anleger muss im Verfahren bloß eine Alternativanlage behaupten, welche bei zutreffender Empfehlung aus Sicht ex ante in Betracht gekommen wäre. Dies folgt daraus, dass der Anleger vom Berater nur verlangen kann, so gestellt zu werden, wie er ohne die unrichtige Kaufempfehlung stünde. Wäre dem Anleger von vornherein eine seinen Risikovorstellungen entsprechende Wertanlage zum Kauf empfohlen worden, hätte er ja nicht die tatsächlich erworbene, sondern eine andere Anlage angeschafft. Letztere muss ihm der Berater im Rahmen der Naturalherstellung verschaffen. Den Anleger trifft bloß eine reine Behauptungslast.

Schwieriger zu beurteilen scheinen jene Fälle, in denen der Anlageberater eine *Aufklärungspflicht verletzt* hat. Wie oben ausführlich dargelegt, fallen bei der Unterlassung die Kausalitätsprüfung und der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zusammen. *Karollus*⁹³⁾ und früher auch *Koziol*⁹⁴⁾ wollten den Schädiger in dieser Konstellation mit der Beweislast bezüglich der Kausalität belastet sehen. Diese Beweislastumkehr geht allerdings zu weit. *Koziol*⁹⁵⁾ erkannte schon kurze Zeit später, dass eine generelle Belastung des Schädigers mit dem Verursachungsbeweis bei Unterlassungen „zu einer erheblichen Ausweitung der Haftung“ führen würde. „Wer eine Unterlassung beging, hätte nämlich ohne nachgewiesene Kausalität und damit bei bloß möglicher Kausalität Ersatz zu leisten“.

Eine Umkehr der Beweislast für die Verursachung lässt sich aber nach richtiger Auffassung⁹⁶⁾ aus dem *Zweck der Aufklärungspflicht* ableiten. Dem Aufzuklärenden soll, wie zuvor erwähnt, eine

freie und wohlinformierte Willensentscheidung ermöglicht werden. Durch die unterlassene oder mangelhafte Aufklärung wurde die selbstbestimmte, freie Willensbildung des Anlegers vom Berater auf rechtswidrige Weise vereitelt. Im Nachhinein den Beweis zu erbringen, wie die Entscheidung bei gehöriger Aufklärung ausgefallen wäre, ist äußerst schwierig: „*Nachträglich, in Kenntnis des tatsächlichen negativen Verlaufes kann der Geschädigte kaum beweisen, dass er auch im Vorhinein, ohne Kenntnis des tatsächlichen Verlaufes schon wegen des abstrakten Risikos eine bestimmte Entscheidung anders getroffen hätte*“.⁹⁷⁾ Während der Aufklärungsberechtigte im Zeitpunkt der Aufklärung frei entscheiden hätte können, müsste er ex post „*objektiv nachvollziehbare, überzeugende Gründe für seinen hypothetischen Entschluss*“ liefern.

Nach *Kletečka*⁹⁸⁾ soll eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität „*nur dann eingreifen, wenn die rechtswidrige Unterlassung die Beweissituation [...] spezifisch verschlechtert*“. Nach dem Grundsatz, dass niemand aus eigenem rechtswidrigen Verhalten einen Vorteil ziehen darf, müsse der Aufklärungspflichtige, der ein solches rechtswidriges Verhalten gesetzt habe, mit dem Beweis hinsichtlich der Verursachung belastet werden.⁹⁹⁾ Dafür spreche vor allem auch der *Präventionsgedanke*:¹⁰⁰⁾ Für jene Tatsachen, hinsichtlich derer die Beweisbarkeit erschwert wurde, müsse eine Beweislastumkehr eingreifen.

Der am Normzweck orientierten Auffassung *Koziols* und *Kletečkas* ist mE zu folgen. Unterlässt der Anlageberater die gebotene Aufklärung und verursacht damit erhebliche Beweisschwierigkeiten auf Seiten des Anlegers, gebietet es der Zweck der Aufklärungspflichten, dem Berater das Risiko der Unaufklärbarkeit aufzubürden. Diesen Grundgedanken hat der BGH¹⁰¹⁾ zuletzt aufgegriffen und dazu anschaulich ausgeführt: „*Dem Ersatzberechtigten wäre wenig damit gedient, wenn er seinen Vertragsgegner zwar an sich aus schuldhafter Verletzung einer solchen Aufklärungspflicht in Anspruch nehmen könnte, aber regelmäßig daran scheitern würde, den Beweis zu erbringen, wie er auf den Hinweis, wenn er denn gegeben worden wäre, reagiert hätte. Der Aufklärungspflichtige dagegen hätte wenig zu befürchten, wenn er sich bei Verletzung seiner Hinweispflicht darauf zurückziehen könnte, dass kaum zu beweisen sei, was der andere Teil auf den Hinweis hin getan hätte. Dadurch würde der mit der Aufklärungspflicht verfolgte Schutzzweck verfehlt*.“ Ein Rückgriff auf die Lösung der Beweislastfrage in den Fällen überholender Kausalität ist dagegen gar nicht nötig, zeigt aber deutlich, dass eine Beweisbelastung des Beraters auch auf anderem Wege begründet werden könnte.

⁹¹⁾ Ebenso bereits *Dullinger*, JBl 2011, 696 f und *dieselbe* in FS Kerschner 184. Allerdings trennt *Dullinger* nicht strikt nach Fallgruppen und bezieht ihre Ausführungen offenbar auch auf Aufklärungspflichtverletzungen. Vgl auch *Graf*, *ecolex* 2011, 600.

⁹²⁾ *Reischauer* in Rummel, ABGB II/2a³ § 1295 Rz 1a; *Koziol*, Grundfragen Rz 7/28; *Karner* in KBB, ABGB⁴ § 1295 Rz 14; vgl auch *Dullinger*, JBl 2011, 696 f.

⁹³⁾ Schutzgesetzverletzung 393.

⁹⁴⁾ Haftpflichtrecht I³ Rz 16/12; anders aber *derselbe*, Der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhanges, in Koller, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999 (1999) 79 (87 ff); *derselbe* in FS Picker 541 f; *derselbe*, VR 2011 H 3, 27.

⁹⁵⁾ *Koziol* in Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 87.

⁹⁶⁾ *Koziol* in Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 88 ff; *derselbe* in FS Picker 541 f; *derselbe*, VR 2011 H 3, 27. Vgl auch BGH 08.05.2012, XI ZR 262/10 Rz 35.

⁹⁷⁾ So *Koziol* in Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 89.

⁹⁸⁾ DRdA 2015, 250.

⁹⁹⁾ Vgl schon *Koziol* in Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 91.

¹⁰⁰⁾ Ebenso *Koziol* in FS Picker 542; *derselbe*, VR 2011 H 3, 27.

¹⁰¹⁾ BGH 08.05.2012, XI ZR 262/10 Rz 35.

Für das hier vertretene Ergebnis spricht zudem, dass die Beweislast in beiden Fallgruppen – wenn gleich mit unterschiedlicher Begründung – jeweils den Schädiger trifft. Eine anders gelagerte Beweislastverteilung in Abhängigkeit davon, ob der Berater die gebotene Aufklärung unterlässt oder eine falsche Empfehlung erteilt, wäre mE auch nicht zu rechtfertigen.

D. Zusammenfassung

1. Aus den Grundsätzen der culpa in contrahendo lässt sich eine Schadenersatzpflicht des schuldhaft irreführenden Beraters ableiten. Der Anleger kann nach hM¹⁰²⁾ im Wege der Naturalrestitution die Beseitigung des unerwünschten Vertrages erreichen. Während für die ganz hA bei der Naturalherstellung bereits die Schaffung einer wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzlage ausreicht, wird im Bereich der Haftung wegen fehlerhafter Anlageberatung ein ungewöhnlich enges Verständnis der Naturalrestitution vertreten (Rückstellung der ungewollten Anlage Zug um Zug gegen Rückzahlung des ursprünglichen Erwerbspreises als Naturalrestitution). Dabei wird mE zunächst einmal übersehen, dass der Anlageberater die empfohlenen Wertpapiere in aller Regel niemals selbst gehalten hat. Die Naturalrestitution bezweckt vielmehr bloß die Wiederherstellung der ursprünglichen Güterlage des Geschädigten. Die Zug-um-Zug-Rückstellung der unerwünschten Wertanlage ist keine Voraussetzung der Naturalrestitution, sondern bloß Ausfluss aus dem schadenersatzrechtlichen Bereicherungsverbot.

2. Mit dem Verkauf des unerwünschten Wertpapierinvestments nimmt der Anleger die Naturalrestitution eigenständig vor (ähnlich gelagert ist, wie erwähnt, das Problem der voreiligen Selbstvornahme der Verbesserung im Gewährleistungsrecht). Gerade wenn sich der Berater weigert, Ersatz zu leisten, bleibt dem Anleger zur Wahrung seines Integritätsinteresses nur übrig, die Naturalherstellung durch Verkauf selbst vorzunehmen. Keinesfalls kann gesagt werden, dass sich der geschädigte Anleger durch die Veräußerung der Anlage seines Integritätsinteresses begibt; er möchte damit primär eine zusätzliche Schadensvergrößerung hintanhalten. Durch das Abstoßen der zu riskanten Papiere entspricht die Zusammensetzung des Vermögens wieder den Vorstellungen des Anlegers. Liegt der tatsächliche Vermögensstand unter dem hypothetischen Vermögensstand ohne Fehlberatung,

kann der Anleger die Differenz als Abgeltung seines Integritätsinteresses in Geld verlangen.

3. Den Anleger trifft einzig eine Obliegenheit zur Verständigung des Beraters; der Schädiger erhält dadurch die Möglichkeit zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes in natura (Wertungskonkordanz von § 933a und § 1323 ABGB).

4. Der geschädigte Anleger kann vom Berater trotz der Veräußerung der Wertpapiere die Verschaffung der hypothetischen Alternativanlage in natura verlangen (doppelte Naturalrestitution).

5. Zur Lösung der Beweislastfrage müssen zwei Fallgruppen gebildet werden: Zum einen die Aufklärungspflichtverletzungen, welche ein Unterlassen darstellen. Zum anderen die Kaufempfehlungen. In diesen Fällen geht es um die Beurteilung eines positiven Tuns.

5.1. Macht ein Anlageberater, der eine unrichtige Kaufempfehlung erteilt hat, geltend, dass der Anleger auch bei rechtmäßigem Verhalten einer Wertanlage einen Verlust erlitten hätte, ist dies als Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens anzusehen. Die Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre, trägt der Schädiger.

5.2. Bei der Unterlassung der gebotenen Aufklärung fallen, wie gesagt, die Kausalitätsprüfung und der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zusammen. Dies führt zur Kollision zweier Beweislastregeln: Die Verursachung hat grundsätzlich der Geschädigte, dass das rechtmäßige Alternativverhalten zum selben Schaden geführt hätte, hat hingegen der Schädiger zu beweisen.¹⁰³⁾ In dieser Konstellation eine generelle Umkehr der Beweislast zulasten des Schädigers zu vertreten, ginge allerdings zu weit. Bei Aufklärungspflichtverletzungen lässt sich eine solche jedoch mit dem Schutzzweck rechtfertigen: Dem Aufklärungsberechtigten soll eine freie, wohlinformierte Willensausübung ermöglicht werden. Durch die unterlassene oder unzulängliche Aufklärung wurde die Erreichung dieses Zwecks auf rechtswidrige Weise durchkreuzt. Die dadurch verursachten massiven Beweisnöte auf Seiten des geschädigten Anlegers müssen mE aufgrund des eindeutigen telos der Aufklärungspflichten zulasten des Beraters gehen. Für dieses Ergebnis spricht insbesondere auch die Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts.

Korrespondenz: Univ.-Ass. Mag. *Christoph Kronthaler*, Fachbereich Privatrecht, Universität Salzburg, Churfürststraße 1, 5020 Salzburg, Österreich; E-Mail: christoph.kronthaler@sbg.ac.at.

¹⁰²⁾ *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I⁴ Rz 538 mwN.

¹⁰³⁾ Vgl nur *Kletečka*, DRdA 2015, 249.