

Einleitung, Themenabgrenzung und Problemaufriss

„*Errare humanum est, sed in errare perseverare diabolicum*“.¹ Frei übersetzt bedeutet dieses Sprichwort so viel wie „Iren ist menschlich, auf Irrtümern zu beharren hingegen teuflisch“. Diese Redewendung trifft den Kern der vorliegenden Arbeit recht gut. Jedem können Irrtümer unterlaufen, gerade auch unerfahrenen Anlegern beim Abschluss komplizierter Verträge über den Erwerb von Anlagepapieren. Aber welche Konsequenzen zieht ein solcher Willensmangel bei Vertragsabschluss nach sich? Wäre es „teuflisch“, den irrenden Anleger² trotzdem an den fehlerbehafteten Vertrag zu binden oder sollte ihm eine Lösungsmöglichkeit eingeräumt werden? Mit dieser Frage setzt sich – soweit ersichtlich – jede Privatrechtsordnung weltweit auseinander;³ dementsprechend vielfältig sind auch die Lösungsvarianten. Letztendlich geht es aber stets um eine Abwägung gegenläufiger Interessen. Der Anleger will die unliebsamen Anlagepapiere loswerden; die Bank (als Anfechtungsgegner) möchte, dass der Vertrag unverändert aufrecht bleibt. Der Gesetzgeber kann es nicht beiden Beteiligten „Recht machen“; dennoch ist es ihm vor gut 200 Jahren⁴ mit der Einführung der §§ 871 ff ABGB⁵ gelungen, einen einigermaßen gerechten Interessenausgleich zu finden. Und obwohl man sich zur damaligen Zeit noch kaum Gedanken über den Wertpapierhandel in seiner jetzigen Ausprägung machte, ist man heute mit Hilfe der originell und kühn gedachten Irrtumslehre⁶ in der Lage, auf aktuelle (Fehl-)Entwicklungen des Finanzmarktsektors zu reagieren. Das Irrtumsrecht sollte deshalb keineswegs als „*Trainingsgerät des Rechtsstudiums*“⁷ abgetan werden. Ganz im Gegenteil, es ist praxisrelevanter denn je.⁸

Das bestätigte sich gerade auch in den vergangenen Jahren, als Österreich – sowie zahlreiche andere Länder auch – mit voller Härte von der Wirtschafts- und Finanzkrise⁹

¹ *Cicero*, *Orationes Philippicae* 12, 2.

² Der Einfachheit und besseren Lesbarkeit wegen wird in der vorliegenden Arbeit ausschließlich die männliche Form verwendet. Das Ausgeführte gilt ebenso für Anlegerinnen bzw weibliche Irrrende.

³ *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung*³ 405; *Zweigert*, *ZfRV* 1966, 12.

⁴ Die §§ 871 ff ABGB wurden durch die 3. TN zwar modifiziert, ihr originelles Grundgerüst ging dadurch aber nicht verloren. S dazu insbes 78 *BlgHH XXI*. Sess 1912, 134 f.

⁵ Alle Paragraphenangaben ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das ABGB.

⁶ S dazu *Strohal*, *Eigentumsübertragung* 15. Ähnlich auch *Kodek* in *Kodek*, *Europäisches Vertragsrecht* 28; *Schauer* in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* 60; *F. Bydliński* in *FS Stoll* 115; *Kerschmer*, *Irrtumsanfechtung* 5. *Wilburg*, *Bewegliches System* 19 spricht davon, dass das Gesetz hier „*in bemerkenswerter Weise verschiedenen Kräften Geltung verliehen*“ hat. Rechtsvergleichend bewerten auch *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung*³ 410 die österreichische Herangehensweise als „*sehr originelle und in ihrer rechtspolitischen Tendenz äußerst sympathische Lösung*“. Für die sprachliche Ausdrucksweise gilt das mE jedoch nicht; so auch *P. Bydliński* in *Rabl/Zöchling-Jud* 19; *derselbe* in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* 23.

⁷ So aber *Krejci*, *ÖJZ* 2010, 58; aA *Bollenberger* in *FS 200 Jahre ABGB II* 879.

⁸ *Kals* in *Kalss/Oberhammer*, *ÖJT* 2015 II/1, 10.

⁹ Die 2008 einsetzende Finanzkrise führte zum schwersten Wirtschaftseinbruch seit dem zweiten Weltkrieg. Die Verluste können nur geschätzt werden und betragen in den entwickelten Ländern etwa 15 Billion \$, was ungefähr $\frac{1}{5}$ der jährlichen Weltjahresproduktion entspricht. S zu alledem

getroffen wurde. Auch wenn die Finanzkrise nicht die unmittelbare Ursache für die einsetzende Flut von Anlegerprozessen war, hat sie der Gesellschaft dennoch das enorme Ausmaß der Fehlleistungen und -beratungen von Emittenten, Banken und anderen Finanzdienstleistern sowie die schlechte Ertragslage zahlreicher Kapitalanlagen vor Augen geführt.¹⁰ Die meisten Finanzanlagen¹¹ erlitten massiv(st)e Kursverluste. Viele Anleger hatten plötzlich Wertpapiere, die praktisch nichts mehr wert waren; ihr investiertes Geld war verloren, und das, obwohl sie davon ausgingen, eine (relativ) sichere Anlageform gewählt zu haben.

Natürlich hat der Anleger das Risiko solcher (Fehl-)Entwicklungen grds selbst zu tragen; er muss für sich entscheiden, wie er sein Kapital investieren will. Allerdings kann er nur dann eine für ihn passende Investitionsentscheidung treffen, wenn er auch in der Lage war, die verschiedenen sich ihm bietenden Anlagemöglichkeiten richtig einzuschätzen und zu bewerten. Genau darin lag und liegt das Problem. Sehr oft fehlten den Anlegern die Kenntnisse – mitunter leider oft auch der nötige Wille –, um komplexe Wertpapierfragen zu durchblicken. Dass der Anleger in diesem Bereich geschützt werden muss, hat auch der (europäische) Gesetzgeber erkannt und eine Vielzahl von Aufklärungspflichten normiert (so zB in § 40 WAG 2007, der in Umsetzung der MiFID¹² erlassen wurde; näher dazu unter II.2.b)b.b]b.b.f]b.b.f.c]).¹³ Denn ohne eine korrekte Aufklärung des Anlegers (zB über ein mögliches Totalverlustrisiko oder andere anlagerelevante Aspekte) ist dessen Entscheidungsgrundlage unvollständig, weshalb er auch keinen freien bzw wohlinformierten Willensentschluss über den Kauf der Anlagepapiere fassen konnte. Unterlag er deshalb bei Abgabe seiner Kauforder einem Irrtum, wird er – nach Entdeckung desselben – versuchen, vom nicht gewollten Vertrag loszukommen. Erreichen lässt sich dies möglicherweise über eine Anfechtung des Kaufvertrages bzw des Kommissionsvertrages (s dazu die das Kapitel „Relevante Rechtsbeziehungen im Anleger-Bank-Verhältnis“) nach § 871. Diese Möglichkeit, unerwünschte Anlageverträge über das Irrtumsrecht zu beseitigen, hat in Österreich zu einem regelrechten Aufschwung dieses Rechtsgebiets geführt.¹⁴ Seither wurden

Kals in Kalss/Oberhammer, ÖJT 2015 II/1, 9. Zu den Gründen und noch heute spürbaren Auswirkungen dieser Krise *Schuster*, ÖBA 2015, 820 ff.

¹⁰ *Kals* in Kalss/Oberhammer, ÖJT 2015 II/1, 10. Das war auch bei den MEL-Zertifikaten der Fall: Deren Kurs fiel zunächst unabhängig von der Finanzkrise stark ab, wobei sich die Finanzkrise dann insofern negativ auswirkte, als sich deren Kurs nicht mehr erholen konnte und weiter sank. S dazu die Entscheidungsgründe zu OGH 8 Ob 25/10z ZFR 2011/7 (*Pletzer*) = EvBl 2011/4 = JBl 2011, 32 = ÖBA 2011/1732 = SZ 2010/113 sowie zu 4 Ob 65/10b ecolex 2010/350 (*Wilhelm*) = ZFR 2011/7 (*Pletzer*) = EvBl 2011/3 = ÖBA 2011/1731.

¹¹ Die Begriffe Wertpapier und Finanzanlage sind nicht deckungsgleich. S dazu gleich unten im Text.

¹² RL 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente. MiFID ist die gebräuchliche Abkürzung für diese RL und steht für „Markets in Financial Instruments Directive“.

¹³ Diese gesetzlich positivierten Aufklärungspflichten werden mitunter noch durch vorvertragliche Aufklärungspflichten ergänzt.

¹⁴ Allgemein dazu *Kals* in Kalss/Oberhammer, ÖJT 2015 II/1, 10. Speziell das Irrtumsrecht betreffend *Oppitz*, ÖBA 2011, 534, nach dem sich gerade bei den Anlegerprozessen die Eleganz des Irrtums-

unzählige Fälle¹⁵ einer Vertragsanfechtung wegen mangelhafter Anlageberatung an die Gerichte – natürlich auch an den OGH¹⁶ – herangetragen. Das mediale Interesse¹⁷ am Ausgang dieser Prozesse ist erwartungsgemäß enorm.

Eben weil die §§ 871 ff flexibel ausgestaltet sind,¹⁸ aber auch, weil sie nun auf praktisch zum Teil völlig anders gelagerte Fälle als bisher angewandt werden müssen, treten immer wieder Rechtsfragen auf, denen sich Rsp und L noch nicht bzw nur rudimentär gewidmet haben und die einer eingehenden Untersuchung bedürfen. Die vorliegende Dissertation soll dabei zur Klärung jener Fragen beitragen, die sich ganz konkret iZm einer mangelhaften Anlageberatung stellen. Ausgegangen wird vom Grundsachverhalt, dass ein Anleger 10.000 € möglichst sicher investieren möchte. Er geht zu seiner Bank, lässt sich beraten und kauft 1.000 Stk der ihm empfohlenen XY-Aktien. Tatsächlich war die Beratung mangelhaft; der Anleger wurde nicht über das mit XY-Aktien verbundene Totalverlustrisiko aufgeklärt, weshalb er diese – und damit viel risikoreichere Anlagepapiere als eigentlich gewollt – erworben hat. Nach einiger Zeit fällt der Kurs der XY-Aktien dramatisch und der Anleger stellt fest, dass es sich dabei keineswegs um eine (derart) sichere Veranlagung handelte, wie ihm suggeriert wurde. Er will vom Vertrag loskommen und ficht diesen an. Welche Wertpapiere er bei richtiger Beratung erworben hätte, lässt sich nicht feststellen.

Auf den ersten Blick ein simpler Sachverhalt, der es bei näherer Betrachtung aber in sich hat. Denn was ist, wenn der Anleger den Irrtum mitverursacht hat und ihn ein Mitverschulden am Entstehen seines Irrtums trifft? Wenn erst die Kombination aus mangelhafter Beratung mit einer „Nichtlektüre“ der dem Anleger ausgehändigten Unterlagen zur Irrtumsentstehung geführt hat? Sollte in einem solchen Fall eine Anfechtung ausgeschlossen sein oder könnte ein gerechter Interessenausgleich über eine Schadenersatzpflicht des schuldhaft Irrenden nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (cic) erzielt werden? Vielleicht könnte die Bank eine Anfechtung aber auch dadurch verhindern, dass sie dem Anleger jene Wertpapiere verschafft, die er bei richtiger Beratung erworben hätte (sog „hypothetische Alternativanlage“), ihn also klaglos stellt. Da es hier stets um individuelle Willensentschlüsse des Anlegers geht, lässt sich im Nachhinein aber oft nur schwer bzw überhaupt nicht mehr feststellen, was der Anleger bei richtiger Beratung mit seinem Geld gemacht hätte; die Regeln der

rechts in der Anspruchsdurchsetzung zeige. *Vonkilch*, ÖJZ 2011, 989 spricht sogar von einer dadurch einsetzenden „Fortentwicklung der Rechtsordnung“.

¹⁵ *Kalss* in *Kalss/Oberhammer*, ÖJT 2015 II/1, 10; *S. Dullinger* in *FS Kerschner* 170; *Schima*, RdW 2012, 4.

¹⁶ OGH 6 Ob 172/14h ÖBA 2015/2126 = wbl 2015/76; 5 Ob 207/14y ÖBA 2015/2148; 3 Ob 65/13z ecolex 2013/385 = ÖBA 2014/1985 uva.

¹⁷ Beiträge über die Anlegerprozesse dominierten in den vergangenen Jahren die Fernseh- und Zeitungsnachrichten. Diese auch nur ausschnittsweise wiederzugeben, ist nicht möglich. S daher statt aller etwa den Artikel im Standard vom 3. Juli 2011, MEL-Anleger trifft kein Mitverschulden (<http://derstandard.at/1308680265268/Meinl-Bank-blitz-ab-MEL-Anleger-trifft-kein-Mitverschulden> [Stand 4.11.2015]).

¹⁸ Die sprachliche Unschärfe der §§ 871 ff spielt dabei sicher auch eine Rolle.

Beweislastverteilung werden daher ebenfalls eine gewichtige Rolle spielen. Eindeutige Antworten auf die aufgeworfenen Fragen, die sich im praktischen Wirtschaftsleben – vor allem für Banken und deren Kunden – gerade in den letzten Jahren ganz konkret stellen, gibt es (noch) nicht; vieles ist strittig und noch nicht völlig ausjudiziert. Eine nähere Untersuchung dieses Themenkomplexes erscheint deshalb gleichermaßen interessant wie auch gerechtfertigt zu sein; vor allem angesichts dessen, dass das Anlagevolumen inzwischen wieder deutlich gestiegen ist und sich solche Fragen daher auch in Zukunft mit Sicherheit auftun werden. Das gilt umso mehr, als sich neuerdings gerade hoch risikoreiche Anlageformen aufgrund ihrer vielfältigen Investitionsmöglichkeiten wieder besonderer Beliebtheit erfreuen;¹⁹ dass die große Masse der Anleger über die damit verbundenen Risiken Bescheid weiß, lässt sich bezweifeln.

All die hier aufgeworfenen Fragen sollen in das Dissertationsprojekt Eingang finden, wobei ganz punktuell auch im deutschen BGB und im schweizerischen OR nach Lösungsansätzen gesucht werden soll. Zunächst wird das Hauptaugenmerk auf jene Bereiche des Irrtumsrechts gerichtet, die speziell iZm der mangelhaften Anlageberatung relevant sind (Teil 1). Im zweiten Teil der Arbeit erfolgt eine eingehende Auseinandersetzung mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der „schuldhaft“ irrende Anleger der Bank gegenüber aus cic schadenersatzpflichtig werden kann. Abschließend werden die wichtigsten Forschungsergebnisse in einer Kurzzusammenfassung nochmals überblicksartig in Erinnerung gerufen (Teil 3).

Im Zentrum der Arbeit wird dabei stets die Anfechtbarkeit eines Vertrages über den Erwerb von sog **bankrechtlichen Wertpapieren**²⁰ (Kapitalmarktpapiere) oder Effekten und nicht von Wertpapieren iW²¹ stehen; das soll deshalb eigens hervorgehoben werden, weil in der literarischen Diskussion rund um die mangelhafte Anlageberatung häufig etwas unpräzise bloß von Wertpapieren die Rede ist. Der besseren Lesbarkeit wegen wird aber auch hier etwas verallgemeinernd lediglich von Wertpapieren gespro-

¹⁹ Auch wenn Finanzierungen im Rahmen des sog „Crowdfunding“ gerade nicht über Banken abgewickelt werden, zeigt die steigende Zahl von daran interessierten Privatanlegern, wie überaus risikofreudig diese in der Zwischenzeit wieder geworden sind. S dazu auch die ErläutRV 628 BlgNR 25. GP 1 und das 2015 dazu ergangene Alternativfinanzierungsgesetz (AltFG).

²⁰ Dazu zählen nur vertretbare und der Kapitalanlage dienende Wertpapiere. Es handelt sich um fungible Massenscheine, die in großer Stückzahl und in standardisierten Einheiten ausgegeben werden; daher genügt für den Vertragsabschluss die Angabe von Art und Stückzahl. S zu alldem *Seiler/Kniehase* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-HB II⁴ § 104 Rz 38 ff; *Ekkenga* in MünchKomm HGB VI³ Effktengeschäft Rz 15; *Zib* in Zib/Russ/Lorenz, KMG § 1 Rz 39; *Oppitz* in Apathy/Iro/Koziol, BVR VI² Rz 2/3; *Roth*, Wertpapierrecht² 135; *Canaris* in Staub, BVR III/3² Rz 1810.

²¹ Unter den allgemeinen Wertpapierbegriff würden alle privaten Rechte fallen, die in einer Urkunde verbrieft sind, deren Übertragung sachenrechtlichen Grundsätzen folgt und zu deren Geltendmachung die Innehabung der Urkunde erforderlich ist. S dazu *Keinert*, Wertpapierrecht I Rz 30 f; *Furter* in Honsell/Vogt/Watter, Wertpapierrecht⁴ Art 965 OR Rz 1 ff; *Kals*, Anlegerinteressen 43 f; *Roth*, Wertpapierrecht² 3 ff, 13.