

der Hinweis auf eine beim Oder-Konto durchaus übliche (s oben 1.3.) Konstellation gegeben, aus der per se noch nicht auf eine Verfügungsbeschränkung zu schließen war. Selbst wenn man eine die externe Rechtsmacht begrenzende Abrede einer Treuhand zwischen Mutter und Sohn annehmen wollte, auf deren Missbrauch nach hA die Regeln über den Vollmachtsmissbrauch Anwendung finden (*Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1002 Rz 161 f), könnte dies hier zu keiner abweichenden Beurteilung führen. Der von ihrem Angestellten vertretenen bekl Partei könnte nämlich weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis eines Treubruchs (*Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1002 Rz 192) des Sohns der Kl unterstellt werden.

3.3. In dieser Situation, in der nicht zuletzt im Hinblick auf das enge Verwandtschaftsverhältnis der beiden Depotinhaber (vgl BGH zur Kontovollmacht in NJW 1999, 2883 f) keine besondere Verdachtslage bestand, lag daher im Hinweis des Bankmitarbeiters, dass der Sohn der Kl „als Depotinhaber Verfügungsberechtigt sei“, nur die an sich richtige

Darstellung dessen rechtlicher Befugnisse als Mitinhaber des Oder-Depots. Eine Mithilfe oder gar Anstiftung zu einer in unzulässiger Weise in die Rechte Dritter eingreifenden Handlung ist darin nicht zu erkennen.

3.4. Bedurfte es somit keiner Genehmigung des Verpfändungsvertrags durch die Depotmitinhaberin und Eigentümerin der Wertpapiere, ist von einer wirksam zustande gekommenen Pfandbestellung auszugehen. Die erst später abgegebene Erklärung der Eigentümerin, mit der Verpfändung nicht einverstanden zu sein, kam selbst dann, wenn man darin den Widerruf der Einzelverfügungsbefugnis ihres Sohns sehen will (vgl 3 Ob 49/02 f; die Wirksamkeit eines nur von einem Mitinhaber erklärten Widerrufs offen lassend: BGH in NJW 1991, 420, 421), jedenfalls zu spät.

Anmerkung:

Vgl dazu den Besprechungsaufsatz von Wilhelm, oben S 21.

Nichterfüllung eines gar nicht übernommenen Auftrags: Anwaltshaftung

Der Rechtsanwalt, der eine ihm von einem Dritten angetragene Geschäftsbesorgung nicht sogleich ablehnt, ist zwar dem Dritten nicht zu dieser Geschäftsbesorgung verpflichtet, muss aber, wenn er das Geschäft doch, aber auftragswidrig besorgt, dem Dritten den Schaden ersetzen, der diesem aus dem Vertrauen entstanden ist, er werde das Geschäft auftragsgemäß besorgen.

Die kl Bank hatte der bekl RA für deren Mandanten eine Löschungserklärung mit dem Hinweis übersandt, dass nur Pfandrecht an der EZ X, nicht aber jenes an der EZ Y zu löschen sei. Die Bekl leitete die Löschungserklärung ohne Hinweis auf diesen Hinweis weiter, worauf ihr Mandant beide Pfandrechte löschen ließ.

Aus der Begründung:

Zu prüfen bleibt, ob das Verhalten der Bekl, die Urkunde kommentarlos und ohne Rückfrage beim Absender an den Bekl herauszugeben, die Voraussetzungen der besonderen Haftung nach § 1003 ABGB erfüllt, wie dies die Kl behauptete.

Nach § 1003 ABGB sind Personen, welche „zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt“ wurden, schuldig, über einen darauf sich beziehenden Auftrag „ohne Zögerung gegen den Auftragenden sich ausdrücklich zu erklären“, ob sie denselben annehmen oder nicht; widrigenfalls bleiben sie dem Auftragenden für den dadurch veranlassten Nachteil verantwortlich.

Die enthaltene Wortfolge „zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt“ bedeutet nach hA nicht, dass eine öffentlich-rechtliche Bestellung (Ernennung) erforderlich wäre. Ausreichend ist vielmehr eine öffentliche, das heißt der Allgemeinheit bekannte Berufsausübung (*P. Bydlinski* in KBB³ § 1003 ABGB Rz 2). Die für Personen, die zur Geschäftsbesorgung bestellt sind, normierte Verpflichtung, Anträge zum

Abschluss eines Auftrags unverzüglich zu beantworten, beruht auf dem allgemeinen Vertrauen in öffentlich bekannt gemachte geschäftsbesorgende Berufsausübung und setzt keine öffentlich-rechtliche Bestellung voraus. Sie erfasst neben Rechtsanwälten auch Agenten, Architekten, Banken, Handelsvertreter, Hausverwalter, Kommissionäre, Notare (als Parteienvertreter und Geschäftsbesorger), Patentanwälte, Spediteure, Strafverteidiger, Wirtschaftstreuhänder und Ziviltechniker (10 Ob 148/05 w mit Hinweis auf *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB³ § 1003 Rz 2).

Anders als nach dem früheren § 362 HGB (vgl zur Aufhebung durch Art I Z 136 HaRÄG, BGBl I 2005/120: RV 1058 BlgNR 22. GP 58 f [MGA ABGB I²⁷ § 1003]) führt Schweigen auf das Anbot nicht mehr zum Vertragsabschluss, sondern uU als *culpa in contrahendo* zur Pflicht zum Ersatz jener Schäden, die der Offerent im Vertrauen darauf, der Oblat werde das Angebot annehmen und den Auftrag durchführen, erlitten hat (*P. Bydlinski*, aaO § 1003 ABGB Rz 1). Die Bestimmung des § 1003 ABGB hat den Zweck, dem Offerenten, der möglicherweise dringende Geschäfte zu besorgen hat und auf die Bereitschaft des öffentlich Berufstätigen vertraut, rascheste Klarheit darüber zu verschaffen, ob die Geschäftsbesorgung angenommen wird oder nicht (*Strasser* in *Rummel*³ § 1003 ABGB Rz 8).

Im vorliegenden Fall hat die Bekl eine solche Klarstellung schuldhaft schon deshalb unterlassen, weil sie die Lösungsquittung – ohne weitere Rückfrage – an ihren Mandanten weiterleitete. Die Bekl hat der Kl jedenfalls den durch diese Unterlassung samt Weitergabe der Löschungserklärung (mit-)verursachten Schaden gem § 1003 ABGB zu ersetzen.

Bedeutungslos ist aber auch, welche Befugnisse dem Mandanten der Bekl in Bezug auf die Löschung der Pfandrechte zukamen, weil sie ihm die Lösungsquittung jedenfalls nicht hätte ausfolgen dür-

§ 1003 ABGB

OGH 26. 9. 2012,
7 Ob 56/12 d

2013/3

fen, sondern – wie feststeht – nach (auftragsgemäßer) Verwendung an die Kl hätte „retournieren“ müssen.

Anmerkung:

Erfüllungs- und Vertrauensinteresse sind kategorial verschieden, manchmal liegen sie aber inhaltlich gleich. Aus der Schule kennen wir die Geschichte vom Vertrauensin-

teresse als dem hypothetischen Erfüllungsinteresse, die E betrifft genau diesen Fall: Hätte die Kl nicht erwartet, die Bekl hätte ihrem Auftrag, der keiner war, korrekt Folge geleistet, so hätte sie sich korrekte Erfüllung anderswo beschafft und so ihren Schaden vermieden. Also geht ihr Vertrauensinteresse im „Erfüllungsinteresse“ auf.

Georg Wilhelm

Anlegerschaden: Geltendmachung trotz Insolvenz der Emittentin

§§ 1295, 1300,
1358 ABGB

OGH
18. 10. 2012,
4 Ob 140/12k

2013/4

Der unrichtig beratene Anleger kann bei Insolvenz der Emittentin vom Berater statt Naturalrestitution den Ersatz des rechnerischen Schadens verlangen. Mit Befriedigung dieses Anspruchs geht die Forderung des Anlegers gegen die Emittentin auf den Berater über; dieser kann die zedierte Forderung in der Insolvenz der Emittentin geltend machen.

Das BerG bejahte grundsätzlich die Haftung der Bekl wegen risikoerhöhender Anlageberatung und ließ die Revision zu, weil Rsp zur Frage fehle, ob ein geschädigter Anleger im Fall der Insolvenz eines Emittenten vom grundsätzlich schadenersatzpflichtigen Finanzberater Geldersatz in Form des Differenzschadens ohne Berücksichtigung der noch nicht bezifferbaren Quote im Insolvenzverfahren erlangen könne.

Aus der Begründung:

Die Bekl machen in III. Instanz allein geltend, dass mangels Bezifferbarkeit des den Kl endgültig entstandenen Schadens vor Abschluss des Insolvenzverfahrens über die Emittentin eine auf Geldleistung gerichtete Schadenersatzklage nicht möglich sei, sondern die Kl auf einen Feststellungsanspruch zu verweisen seien; im Insolvenzverfahren sei nämlich mit einer zumindest teilweisen Befriedigung der Kl zu rechnen.

Die Kl begehren nicht Ersatz des realen Schadens durch Naturalrestitution, sondern Geldersatz, also den rechnerischen Schaden. Dieses Begehren setzt zwar im Allgemeinen voraus, dass die Kl das aufgrund der mangelhaften Beratung erworbene Anlageprodukt verkauft haben und dann den Differenzschaden geltend machen (4 Ob 67/12z; RIS-Justiz RS0120784). Im konkreten Fall ist zwischen den Parteien aber nicht strittig, dass die Forderung der Kl wegen Vermögenslosigkeit der Emittentin, über die ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, uneinbringlich ist. Die Uneinbringlichkeit der Forderung gegen die Emittentin ist der Wertlosigkeit gleichzuhalten. Ein Zuwarten bis zum Abschluss des Insolvenzverfahrens ist den Kl – unabhängig von einer allenfalls zu erwartenden Quote – nicht zumutbar. In einem solchen Fall ist davon auszugehen, dass die Anlage (endgültig) wertlos und ein Verkauf – wie der Senat erst jüngst ausgesprochen hat – weder möglich noch erforderlich ist (4 Ob 67/12z mwN); der Subtrahend der Differenzrechnung ist vielmehr mit Null anzusetzen.

Im Anlassfall ist nicht die Höhe des rechnerischen Schadens, den die Kl infolge der mangelhaften Beratung durch die Bekl erlitten haben, sondern allein jener möglicherweise in Zukunft eintretende Vorteil

strittig, den die Kl allenfalls dadurch erzielen werden, dass ihnen im Insolvenzverfahren über die Emittentin ein Teil ihrer dort angemeldeten Forderung als Konkursquote ausgezahlt werden wird. Darauf, ob eine Verringerung der Schadenshöhe durch Zahlung einer Konkursquote zu erwarten ist, kommt es aber hier nicht weiter an, weil der den Kl aus ihrer mangelhaften Beratung bereits entstandene rechnerische Schaden nicht in Frage steht.

Der Befürchtung der Bekl, die Kl könnten sich – gewährte man ihnen bereits jetzt einen ungekürzten Zahlungsanspruch – auf ihre Kosten bereichern, sofern das Insolvenzverfahren zu einer Ausschüttung an die Gläubiger führt, hat das BerG zutreffend die Rsp entgegengehalten, wonach ein Kl, der seinen RA wegen Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht auf Schadenersatz klagt, nicht solange mit der Klage gegen diesen zuwarten muss, bis feststeht, in welcher Höhe der Kl aus der Konkursmasse seines ursprünglichen Schuldners Deckung erhalten werde (RIS-Justiz RS0022486).

Die Bekl treten ja dann, wenn sie – auch im Wege des Schadenersatzes – eine fremde Schuld zahlen, nach der Legalzessionsnorm des § 1358 ABGB in die Rechte des Gläubigers ein (vgl 8 Ob 32/02t RIS-Justiz RS0114995 [T 1] = RS0112742 [T 3]) zum Regress des Vertragsrichters gegen den Verkäufer einer Liegenschaft nach Zahlung von Schadenersatz an den Käufer wegen unterlassener Sicherung vor Auszahlung des Kaufpreises; vgl auch RS0112743 [T 1]), die hier im Teilhabeanspruch im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Emittentin samt Anspruch auf Auszahlung einer allfälligen Quote bestehen.

Anmerkung:

Der letzte Abs der E ist blanker Hohn. Allerdings, rosige Aussichten für den Berater sind das nicht: Die Insolvenz der Ges steht dem Untergang des Papiers gleich, lässt also seine Haftung auf das Interesse sprießen, für die es andererseits auch keinen nennenswerten Ausgleich gibt. Grund genug, sich gründlich zu überlegen, inwieweit man bei der Beratung auf den Vorteil der Ges, statt, wie man eigentlich soll, auf den des Kunden bedacht sein soll – bzw welches Gewicht den lohnenden Retro-Zessionen zukommt. Interessanterweise hat niemand gefragt, welche andere Veranlagung der Kunde bei richtiger Beratung gewählt hätte. Diese Frage sei hier dahingestellt, weil ich nicht beabsichtige, den Beratern, wenn sie sich schon nicht in die Substanz der Papiere vertiefen, auch noch die Last des Rsp- und Literaturstudiums abzunehmen (ecolex; RDB; RIS).

Georg Wilhelm