



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

14 R 36/11h

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Ronald Kunst als Vorsitzenden sowie die Richterinnen Mag. Martina Malesich und Mag. Susanne Korn in den verbundenen Rechtssachen der klagenden Parteien **1.)** [REDACTED] **S** [REDACTED], Kosmetikerin, 2465 Höflein, Aubüheln 18, vertreten durch Dr. Benedikt Wallner, Rechtsanwalt in Wien (30 Cg 18/06x), **2.)** [REDACTED] **d** [REDACTED], Haushalt, **3.)** [REDACTED] **d** [REDACTED], Tierarzt, beide 6252 Breitenbach, Oberdorf 49, beide vertreten durch Christandl Rechtsanwalt GmbH in Graz (30 Cg 19/06v), wider die jeweils beklagte Partei **Republik Österreich**, vertreten durch die Finanzprokuratur, 1011 Wien, Singerstraße 17-19, und die auf deren Seite beigetretenen Nebenintervenienten **1.) Dr. Helmut Kern**, **2.) Mag. Gabriela Popp**, beide pA BDO Auxilia Treuhand GmbH, 1010 Wien, Kohlmarkt 8-10, beide vertreten durch Dr. Engelhart & Partner, Rechtsanwälte OEG in Wien, **3.) BDO Auxilia Treuhand GmbH**, 1010 Wien, Kohlmarkt 8-10, vertreten durch Dr. Heinz Stöger, Rechtsanwalt in Wien, **4.) Deloitte Wirtschaftsprüfungs GmbH**, **5.) Mag. Nikolaus Schaffer**, beide 1010 Wien, Renngasse 1, **6.) Mag. Andreas Sauer**, 1130 Wien, Auhofstraße 213c/10, alle vertreten

durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Feststellung (Streitwert zu 30 Cg 18/06x: EUR 46.250,--; zu 30 Cg 19/06v: EUR 21.000,--), über die Berufung der beklagten Partei und den Kostenrekurs der erstklagenden Partei (Rekursinteresse: EUR 15.814,66) gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 10.12.2010, 30 Cg 18/06x, 30 Cg 19/06v-144, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I) Der Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung wird **zurückgewiesen**.

II) Die Berufung wird, soweit Nichtigkeit geltend gemacht wird, **verworfen**.

III) Im Übrigen wird der Berufung **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der erstklagenden Partei die mit EUR 3.725,20 (darin enthalten EUR 620,87 USt) sowie der zweit- und drittklagenden Partei die mit EUR 1.568,57 (darin enthalten EUR 261,43 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt hinsichtlich der erstklagenden Partei EUR 30.000,--, hinsichtlich der zweit- und drittklagenden Partei EUR 5.000,--, nicht jedoch EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

IV) Dem Rekurs der erstklagenden Partei wird **teilweise Folge** gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass im Urteilsspruch Punkt I) der 2.Absatz zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der erstklagenden Partei die mit EUR 78.133,87 (darin EUR 7.710,52 USt und

EUR 31.870,72 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der erstklagenden Partei die mit EUR 95,47 (darin enthalten EUR 15,91 USt) bestimmten Kosten eines Berichtigungsantrags binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

**E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die Erstklägerin und ihr Ehemann schlossen Ende 2003 mit der AMIS Financial Consulting AG (im Folgenden: AFC) zwei Vermögensverwaltungsverträge betreffend den „AMIS Funds China World Opportunities Fund C“ und den „AMIS Kombiplan +“ und leisteten für jedes dieser beiden Vertragsverhältnisse, die per 1.11.2003 begannen, jeweils eine Einmalzahlung in Höhe von EUR 25.000,--. Dieses Geld stammte aus dem Vermögen der Erstklägerin.

Die Zweitklägerin und der Drittkläger schlossen mit der AMV Asset Management Vermögensverwaltung AG (im Folgenden: AMV) einen Vermögensmanagementvertrag für den „AMV Pensionsplan“ ab. Zwischen 1.3.2001 und 5.9.2005 leisteten sie auf Grund dieses Vertragsverhältnisses Einzahlungen in Höhe von insgesamt EUR 11.773,08.

Die AFC war am 5.7.2002 durch Umwandlung aus der AMIS Consulting GmbH hervorgegangen, welche am 5.5.2001 ins Firmenbuch eingetragen wurden und deren alleinige Gesellschafterin die AMIS Asset Management Investment Services AG (im Folgenden: AMIS), vormals AMV, war. Im Herbst 2002 erfolgte dann die Abspaltung des Betriebs „Erbringung von Wertpapierdienstleistungen“ von der AMIS und dessen Übertragung auf die AFC im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1 Abs 2 Z 2 SpaltG), womit auch die ursprünglich auf die AMIS lautende Konzession zur gewerb-

lichen Erbringung von Finanzdienstleistungen (Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden (§ 1 Abs 1 Z 19 lit b BWG) auf die AFC übergang. Somit ging auch das zwischen der zweit- und drittklagenden Partei sowie der AMV, später AMIS, begründete Vertragsverhältnis auf die AFC über.

AMV, AMIS bzw AFC veranlagten die Gelder ihrer Kunden überwiegend in zwei luxemburgische Fonds, den „Top Ten Multifonds“ und dem „AMIS Funds“. Beide Fonds waren als sogenannte SICAVs (sociétés d'investissement à capital variable) organisiert und standen den AMIS-Unternehmen nahe. Die Kundeneinzahlungen wurden zunächst tatsächlich an die Fonds überwiesen. In weiterer Folge ließen sich AMIS bzw AFC jedoch diverse Provisionen und Gebühren - deren Abzug in den Vermögensverwaltungsverträgen nicht erwähnt und den Kunden weder bei Vertragsabschluss noch während der Vertragslaufzeit mitgeteilt wurde - in Form von Rückkäufen von Fondsanteilsscheinen („redemptions“) wieder aus dem Fondsvermögen auszahlen, ohne dass diese Beträge im Kundenverwaltungsprogramm als Abzüge vom Vertragsbestand erfasst wurden. Auf diese Weise wurden Kundengelder im Ausmaß von rund 60 Mio EUR veruntreut.

Nachdem mit Bescheid vom 31. 8. 2005 für die AFC ein Regierungskommissär bestellt worden war, der die Malversationen aufdeckte, wurde mit Beschlüssen des Handelsgerichts Wien vom 2. und 7. 11. 2005 über das Vermögen der AMIS und der AFC der Konkurs eröffnet. In Luxemburg wurde die Liquidation der beiden SICAVs eingeleitet.

Die **Erstklägerin** beehrte aus dem Titel der Amtshaftung die Feststellung der Haftung der Beklagten für jenen Schaden, der ihr durch die genannten Kapitalanlagen entsteht, abzüglich bereits erhaltener Auszahlungen aus den

Verträgen und allfälliger Zahlungen, die sie aus dem Liquidationsverfahren der luxemburgischen Fonds, aus dem Konkursverfahren, und als Entschädigung im Rahmen der Anlegerentschädigungseinrichtung erhalten werde. Wären die Aufsichtsbehörden, nämlich die Bundes-Wertpapieraufsicht (BWA) und die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA), ihren gesetzlichen Überwachungspflichten nachgekommen, die insbesondere auch dem Schutz der Anleger dienen, wäre es zu den Vermögensinvestments der Erstklägerin - und damit auch zu ihren Verlusten - nicht gekommen. Aufgrund mehrerer, den Aufsichtsbehörden bekannter Unzulänglichkeiten hätte eine Konzession gar nicht erteilt werden dürfen bzw die bereits erteilte Konzession noch vor der Investition der Erstklägerin widerrufen werden müssen. Im Einzelnen berief sich die Erstklägerin insbesondere auf folgende Umstände, auf die die Aufsichtsbehörden nicht adäquat reagiert hätten:

Die Sicherheit des von den Anlegern bei der AFC investierten Kapitals sei bei der konkreten Anlagegestaltung, die allen sonst in Österreich marktüblichen Konstruktionen widersprochen habe, von Anfang an in besonderer Weise gefährdet gewesen. Bei Vermögensverwaltungsverträgen komme der Depotbank eine wichtige Schutzfunktion zu. Der Vermögensverwalter solle zwar das Depot des Kunden umschichten und Investmententscheidungen für den Kunden treffen können, dürfe aber keine Verfügungsgewalt über die Gelder oder Instrumente der Kunden erlangen. Insbesondere sei es ihm untersagt, Gelder der Kunden in Empfang zu nehmen, Instrumente bzw Wertpapiere der Anleger auf eigenen Depots zu halten, sich Zeichnungsberechtigungen auf den Depots bzw Konten einräumen zu lassen, sich investierte Gelder auf eigene Konten rücküberweisen

zu lassen, ohne Zustimmung des Kunden Provisionen von Dritten in Empfang zu nehmen und für sich selbst zu vereinnahmen, eine rein passive Vermögensverwaltung vorzunehmen, die darin bestehe, nur einen einzigen Dachfonds zu erwerben, und Gelder oder Instrumente der Kunden ohne deren ausdrückliche Zustimmung auf eine andere Depotbank zu verlagern. Vermögensverwaltungsverträge wiesen daher konstruktionsbedingt ein besonderes rechtliches Risiko auf, das über das rechtliche Risiko von Investmentfonds gemäß dem InvFG hinausgehe. Daher lege die staatliche FMA an diese Verträge üblicher Weise auch einen strengen aufsichtsrechtlichen Maßstab an.

Damit der Vermögensverwalter AFC nicht Schuldner der Kunden werde, hätte die Abwicklung dieses Vermögensverwaltungsvertrags dem Gesetz entsprechend über ein bei einem zum Depotgeschäft als Bankdienstleistung befugten Kreditinstitut zu eröffnendes Wertpapierdepot erfolgen müssen. Der Anleger hätte dann jederzeit den konkursfesten Zugriff auf seine verwalteten Wertpapiere gehabt und wäre im Wege der Depotbankmitteilungen über die tatsächliche Zusammensetzung des Bestands in Kenntnis gesetzt worden. Die von der AFC vorgegebene Vertragsgestaltung habe jedoch - ohne dass die Erstklägerin oder sonstige Kunden je darüber informiert worden wären - die Abwicklung über ein solches für den Kunden zugängliches Wertpapierdepot und eine objektive Berichterstattung der Depotbank gegenüber dem Anleger nicht vorgesehen. Vielmehr sei es in der Verfügungsbefugnis der AFC bzw von „anderen verbundenen Gesellschaften“ gestanden, nach eigenem Belieben auf die Kundengelder zuzugreifen und sie missbräuchlich für vertragsfremde Zwecke zu verwenden, insbesondere sich noch nicht entstandene Verwaltungsgebühren

bzw Provisionen aus dem Kundenvermögen bevorschussen zu lassen und auch sonst Überweisungen an verbundene Gesellschaften zu veranlassen. Zu diesem Zweck seien bei den SICAV-Fonds Rückkäufe („redemptions“) beauftragt worden. Für den Vertrieb eines EWR-Kapitalanlagefonds sehe § 34 InvFG vor, dass eine österreichische Bank zu benennen sei, über die die Rücknahme von Anteilen durch die Kapitalanlagegesellschaft abgewickelt werde. Der FMA habe auffallen müssen, dass zwar nach den Angaben im Prospekt zum Fonds „AMIS Funds SICAV“ eine solche Bank bestellt worden sei, nämlich die Capital Bank, dass dieser Umstand aber den Kunden nirgends mitgeteilt worden sei. Der FMA, die zum Schutz der Anleger und des Markts zur Aufsicht berufen sei, habe ein solches Verschweigen der inländischen Bank - besonders im Hinblick auf andere, seit 1999 wiederholt aufgetretene Verdachtsmomente und bei der AMIS bzw AFC aufgefallene Unregelmäßigkeiten - merkwürdig vorkommen müssen, weil durch die Vermögensverwaltung von AFC ganz offenkundig systematisch die Kontrollfunktion der Depotbank und das Wesen des Vermögensverwaltungsvertrags und dessen gesetzlicher Rahmen unterlaufen werden habe sollen. Der zweimalige Wechsel der Depotbank sei ohne Zustimmung der Anleger erfolgt.

Außerdem habe die AFC das Kundenvermögen entgegen den §§ 13 und 14 WAG massiv in Finanzanlagen investiert, die von verbundenen Gesellschaften emittiert worden seien, obwohl die Unabhängigkeit und Objektivität bei der Produktauswahl Inhalt des Vertrags mit dem Anleger und aufgrund der Wohlverhaltensregeln auch geboten gewesen seien. Die Vertragskonstruktion habe gegenüber der Erstklägerin wie jedem Kunden den Eindruck erweckt, sie investiere unmittelbar in einen österreichischen Invest-

mentfonds.

Dazu sei gekommen, dass die Beteiligung an den Luxemburger Fonds zusätzlich - und wieder ohne die Anleger darüber aufzuklären - über einen Treuhänder mit Sitz auf den Cayman Islands erfolgt sei, der Kunde also im von der Depotbank der Fonds geführten Anteilsregister gar nicht aufscheinen würde. Dass dieser Treuhänder eingeschaltet werden sollte, sei den Kunden nicht bewusst gemacht worden. Der Treuhänder sei nichts anderes gewesen als eine Tochterfirma der AMIS, deren Agenden von Wien aus von denselben Personen gelenkt worden seien wie die Geschäfte der AFC bzw der AMIS selbst. Die „Kundeneinzahlungen“ seien zwar zunächst tatsächlich an die beiden SICAV-Fonds in Luxemburg transferiert worden. In weiterer Folge habe sich jedoch die AMIS (und nach ihrer Abspaltung die AFC) Provisionen und Gebühren in Höhe von bis zu 38 % der jeweiligen Kundeneinlage durch Verkäufe von Anteilen aus dem SICAV-Vermögen auszahlen lassen. Dies sei nur möglich gewesen, weil der Depotbank nicht jeweils der einzelne Kunde als Einzahler angegeben worden sei, sondern vielmehr AFC bzw der von der AMIS dominierte Treuhänder die Kundengelder „gehalten“, entgegengenommen und weiterüberwiesen habe, sohin der Depotbank gegenüber als Berechtigter aufgetreten sei.

Darüber hinaus sei schon die Konzessionserteilung im Jahr 1999 verfehlt gewesen, zumal zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal die Gründungsprüfung abgeschlossen gewesen sei. Auch der gesetzlich geforderte Geschäftsplan sei nicht vorgelegen. Der Behörde sei auch mangels ausreichender Prüfung nicht aufgefallen, dass einer der beiden vorgesehenen Geschäftsleiter nicht über die erforderliche Fachkompetenz verfügt und der andere die Tätigkeit

als Geschäftsleiter nur nebenberuflich ausgeübt habe. Es hätten auch weder ein vom Gesetz verlangter organisatorischer Aufbau, noch ein internes Kontrollwesen bestanden, das geeignet gewesen wäre, den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb sicher zu stellen.

Die **Beklagte** wandte im Wesentlichen ein, es stehe nicht fest, dass die Erstklägerin überhaupt einen Schaden erleiden werde, da sie noch Ausschüttungen aus den Fonds zu erwarten habe. Sie habe auch dadurch schuldhaft gegen ihre Rettungs- und Schadensminderungspflicht verstoßen, dass sie weder im Konkursverfahren einen Prüfungsprozess über ihre bestrittene Forderung anhängig gemacht, noch die von der Anlegerentschädigungseinrichtung bestrittene Forderung gerichtlich geltend gemacht habe. Amtshaftungsansprüche bestünden schon deshalb nicht, weil die Aufsicht über die AFC und deren Rechtsvorgänger stets mit der gebotenen Sorgfalt ausgeübt worden sei. Zumindest beruhe das Aufsichtsverhalten auf vertretbarer Rechtsansicht. Keineswegs sei die Sicherheit des von den Anlegern der AFC investierten Kapitals von Anfang an in besonderer Weise gefährdet gewesen. Die BWA habe zwar im Mai 1999 festgestellt, dass auf ein Bankkonto der AMIS Kundengelder einbezahlt worden seien, doch sei dieses Konto letztlich nach Interventionen der Aufsichtsbehörde zum 15. 9. 2000 geschlossen worden. Der Aufsichtsbehörde seien keine Hinweise dafür vorgelegen, dass die AFC entgegen den §§ 13 f WAG Kundenvermögen massiv in Finanzanlagen investiert hätte, die von verbundenen Gesellschaften emittiert worden seien; vielmehr hätten die von Wirtschaftsprüfern erstellten Aufsichtsberichte stets die Einhaltung dieser Bestimmungen bestätigt. Ebensowenig habe es Hinweise dafür gegeben, dass sich die AMIS bzw

AFC Provisionen und Gebühren aus den luxemburgischen Fonds auszahlen hätten lassen und die Kunden falsche Depotauszüge erhalten hätten. Im Rahmen der mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführten Vor-Ort-Prüfungen seien keine Anzeichen für einen Konzessionsverstoß festgestellt worden. Die Ergebnisse dieser Prüfungen seien von der Behörde weiter verfolgt und festgestellte Mängel nachweislich behoben worden. Im Rahmen der laufenden Aufsicht hätten keine Unregelmäßigkeiten bei der AMIS bzw der AFC festgestellt werden können, die eine Entziehung der Konzession oder die Verhängung einer Geschäftsaufsicht oder die frühere Bestellung eines Regierungskommissärs gerechtfertigt hätten. Es sei auf festgestellte Mängel rechtzeitig und im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips adäquat reagiert und die Herstellung des rechtmäßigen Zustands von der Aufsichtsbehörde überwacht worden. Den Anlegern seien sehr wohl eine Depotbank sowie eine Depotnummer bekannt gegeben worden. Die Aufsichtsbehörde habe nicht die Aufgabe, die Eröffnung der einzelnen Kundendepots zu prüfen, was im Übrigen auch faktisch gar nicht möglich wäre.

Nach Abweisung des Hauptbegehrens und mehrerer Eventualbegehren der **Zweitklägerin und des Drittklägers** ist Verfahrensgegenstand nur mehr deren letztes Eventualbegehren. Darin wird die Feststellung beantragt, dass die Beklagte als Rechtsträgerin der Finanzmarktaufsichtsbehörde bzw zuvor der Bundes-Wertpapieraufsicht aufgrund der nicht gehörigen Erfüllung der diesen obliegenden Aufsichts- und Prüfpflichten gegenüber der AMIS und der AFC für den Schaden hafte, den die Zweitklägerin und der Drittkläger dadurch erleiden, dass die von ihnen in den Konkursverfahren betreffend AMIS und AFC, gegen-

über der Anlegerentschädigung der Wertpapierdienstleistungsunternehmen GmbH (WPDLU GmbH) und in den Liquidationsverfahren der luxemburgischen Fonds angemeldete Forderung in Höhe von 11.773,08 EUR, die aus den Einzahlungen zum AMV/AMIS Pensionsplan im Zeitraum 1. 3. 2001 bis 5. 9. 2005 resultiert, nicht zur Gänze befriedigt wird. Sie werfen den Organen der BWA und der ab 1. 4. 2002 an deren Stelle getretenen FMA eine Reihe von schuldhaften Unterlassungen im Zusammenhang mit deren Aufsichtspflichten gegenüber den involvierten WPDLU vor.

Die Zweitklägerin und der Drittkläger seien bei ihrer Investition davon ausgegangen, dass die staatlichen Kontroll- und Aufsichtsorgane ihren Aufsichtspflichten nachkommen und dass es sich bei der Unternehmensgruppe AMIS um Unternehmen handle, die über sämtliche behördliche Genehmigungen verfügten und die gesetzlichen und behördlichen Vorgaben einhielten. Es sei evident, dass die gesetzlich normierte Aufsicht (durch BWA und FMA) in einer Amtshaftungsansprüche auslösenden Art und Weise versagt habe. Obwohl der Aufsichtsbehörde zumindest seit 1999 Missstände bzw Rechtswidrigkeiten der AMIS-Unternehmen bekannt gewesen seien oder bekannt hätten sein müssen, seien keine den Schaden verhindernde Maßnahmen ergriffen worden. Die BWA hätte der AMV schon 1999 die Konzession entziehen müssen, womit der unrechtmäßige Fortbetrieb der Geschäfte verhindert worden wäre. Rechtswidriger Weise sei auch realiter das operative Geschäft von der konzessionslosen AMIS geführt worden. Die Aufsichtsbehörde habe nicht darauf reagiert, dass die AMV auf Treuhandkonten Kundengelder gehalten habe, wodurch widerrechtlich Bankgeschäfte ausgeübt worden seien. Es sei nicht geprüft worden, in welche Wertpapiere bzw auf

welchen Kapitalmärkten die Kundengelder veranlagt wurden. Aus dem vorhandenen Prospektmaterial sei nachvollziehbar erkennbar gewesen, dass Geschäftstätigkeiten vorgenommen worden seien, die mit den behördlichen und gesetzlichen Vorgaben nicht im Einklang gestanden seien. Es sei unverständlich, dass - auch im Zusammenhang mit einem fragwürdigen Managementvertrag - von der FMA keine Maßnahmen gesetzt worden seien, wenngleich ihr die Vertragswerke und die Personenidentität der Verantwortlichen bei allen involvierten Unternehmen bekannt gewesen seien. Die Aufsichtsbehörden hätten vielmehr in Kauf genommen, dass die AMIS-Unternehmen in diverse Kapitalgesellschaften „verschachtelt“ worden seien, um gesetzliche Bestimmungen zu umgehen und sich einer Kontrolle zu entziehen. Es sei nicht geprüft worden, ob die einlangenden Gelder der Anleger vertragsgemäß investiert würden. Bei ausreichender Überprüfung wäre der FMA auch aufgefallen, dass Auszahlungen in den Kundenbuchhaltungsunterlagen nicht registriert worden seien, was sofortigen Handlungsbedarf ausgelöst hätte. Im Shareholderregister der Depotbank sei die AMIS (und ein Treuhänder der Anleger) aufgeschienen. Die AMIS habe entgegen § 1 Abs 1 Z 19 BWG Wertpapiere der Kunden gehalten und somit als Treuhänderin fungiert, obwohl dies rechtlich unzulässig sei. Die Depotbanken hätten ausschließlich die AMIS-Gesellschaften als ihre Kunden behandelt, zumal sie sowohl die Einlagen als auch sämtliche Verfügungen darüber nur von diesen, nicht aber von den Anlegern erhalten hätten. Nur deshalb habe AMIS, AMV bzw AFC durch einfache Verfügungen - meist per Telefax - an die Depotbanken auf Kundengelder zugreifen können. Eine aufsichtsbehördliche Prüfung, in welche Finanzprodukte die von den Kunden eingezahlten Gelder inves-

tiert worden sind, habe nicht stattgefunden. Bei Einhaltung der Aufsichtsinstrumente hätte die FMA auch erkennen müssen, dass von der AMIS an die Geschäftsleiter ohne Wissen der Kunden ungerechtfertigte (Abschluss-)Provisionen bezahlt worden seien. Die FMA wäre verpflichtet gewesen, das Provisionssystem entsprechend zu „beleuchten“. Sie habe offenkundige Interessenkonflikte schlichtweg übergangen. Die geschäftlichen Handlungen des Treuhänders seien entweder von der AMIS oder von deren Geschäftsleitern bestimmt worden. Die FMA habe spätestens im September 2003 davon Kenntnis erlangt, wer Treuhänder des AMIS-Fonds gewesen sei. Nach außen hin sei die AFC als Wertpapierdienstleistungsunternehmen (im Folgenden: WPDLU) aufgetreten, doch habe de facto die AMIS als Alleinaktionär sowohl die Geschicke der AFC als auch jene des Treuhänders kontrolliert und bestimmt, was von der FMA eingehend hinterfragt, überprüft und letztlich untersagt hätte werden müssen. In den Jahren 2004 und 2005 seien der FMA weitere - im Einzelnen näher dargestellte - bedenkliche Vorgänge bekannt geworden, auf die nicht unverzüglich reagiert worden sei. Die Beklagte habe als Rechtsträger der Finanzmarktaufsicht für den durch die rechtswidrigen und schuldhaften Unterlassungen bei der Zweitklägerin und dem Drittkläger eingetretenen Schaden in Gestalt ihres Investitionsausfalls zu haften, der allerdings noch nicht bezifferbar sei. Wenngleich unbestritten sei, dass die Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs falle, sei doch aufzuzeigen, dass die Beklagte ihrer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung, für ein funktionstaugliches und werthaltiges Einlagensicherungssystem zu sorgen, nicht nachgekommen sei.

Die **Beklagte** wandte dagegen zusammengefasst ein, die Zweitklägerin und der Drittkläger hätten weder ihre in den Konkursverfahren geltend gemachte, vom Masseverwalter aber bestrittene Forderung, noch Forderungen gegen die Anlegerentschädigungseinrichtung gerichtlich geltend gemacht und damit schuldhaft gegen ihre Rettungs- und Schadensminderungspflicht verstoßen. Ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 228 ZPO liege nicht vor. Die Aufsicht über die AFC und deren Rechtsvorgänger sei von den Aufsichtsbehörden stets mit der gebotenen Sorgfalt ausgeübt worden; zumindest aber beruhe das Aufsichtsverhalten ihrer Organe auf vertretbarer Rechtsansicht. Für Staatshaftungsansprüche seien die ordentlichen Gerichte nicht zuständig.

Mit **Urteil vom 3.12.2007, 30 Cg 18/06x-51**, gab das Erstgericht dem Klagebegehren hinsichtlich der Erstklägerin statt. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil mit der Maßgabe, dass eine Haftung der Beklagten für jene künftigen Schäden aus dem (näher spezifizierten) Kapitalanlagen der Erstklägerin festgestellt werde, die „durch die Fehlleistungen der Organe der BWA bzw FMA in Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufsichtspflichten gegenüber der AFC und ihren Vorgängerfirmen AMIS und AMV entstehen werden“. Der von der Beklagten erhobenen Revision gab der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 28.1.2009, 1 Ob 187/08v, Folge, hob die Urteile der Vorinstanzen auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

Mit **Urteil vom 3.12.2007, 30 Cg 19/06v-23**, stellte das Erstgericht fest, dass die Beklagte für den Schaden hafte, den die zweit- und drittklagende Partei dadurch erleiden, dass die von ihnen in den Konkursverfahren

gegenüber der Anlegerentschädigung von der WPDLU GmbH angemeldete Forderung nicht zur Gänze befriedigt werde. Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten dahin teilweise Folge, dass es das vom Erstgericht als berechtigt angesehene Eventualbegehren abwies und der Klage in einem vom eingangs dieser Entscheidung dargestellten Eventualbegehren etwas abweichenden Umfang stattgab. Mit Beschluss vom 28.1.2009, 1 Ob 232/08m, gab der Oberste Gerichtshof der Revision der Beklagten Folge und hob das Urteil des Berufungsgerichts, das in seinem klageabweisenden Teil als unangefochten unberührt blieb, in seinem klagestattgebenden Teil ebenso auf wie die Kostenentscheidung in der Vorinstanz und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung über das letzte Eventualklagebegehren nach Verfahrensergänzung auf.

In den zitierten **Aufhebungsbeschlüssen 1 Ob 187/08v und 1 Ob 232/08m** erachtete der Oberste Gerichtshof die erstinstanzlichen Verfahren zusammengefasst in folgender Hinsicht für ergänzungsbedürftig:

Die Vorinstanzen hätten keine Feststellungen dazu getroffen, wie es im Einzelnen zu den Vermögensverlusten der Luxemburgischen Fonds gekommen sei, wenn auch unstrittig sei, dass sich AMIS bzw AFC Geldbeträge im Ausmaß von rund EUR 60 Mio wieder aus dem Fondsvermögen auszahlen ließen, um damit (in den Verträgen mit den Anlegern nicht vorgesehene) „Provisionen und Gebühren“ abzudecken. Konkretere Feststellungen zu diesem Thema - wie wurden die „redemptions“ konkret bewerkstelligt? - seien aber schon deshalb unentbehrlich, weil nur dann beurteilt werden könne, ob bestimmte gebotene Aufsichtsmaßnahmen geeignet gewesen wären, die eingetretenen Schäden (zumindest teilweise) zu verhindern und ob sie nach

ihrem Schutzzweck gerade auch solche Schadensverläufe verhindern sollten.

Laut den Klagevorbringen habe sich auch nicht ein allgemeines Anlagerisiko verwirklicht, sondern sei das Fondsvermögen vielmehr auf Grund eines kriminellen Zugriffs vermindert worden. Auch dafür, dass eine solche Schädigung durch vollständige Information der Erstklägerin über das Wesen eines „Umbrella-Fonds“ hintangehalten worden wäre, böten die getroffenen Feststellungen keine Anhaltspunkte. Mit dem Vorwurf, die Aufsichtsbehörde habe keine Konsequenzen daraus gezogen, dass das Kundenvermögen massiv in Finanzanlagen investiert worden sei, die von verbundenen Gesellschaften emittiert worden seien, hätten sich die Vorinstanzen nicht auseinandergesetzt und auch keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

Ihren zentralen Vorwurf, die Aufsichtsbehörde hätte auf die Gefahr eines rechtswidrigen Zugriffs auf Anlagegelder erkennen und darauf entsprechend reagieren müssen, habe die Erstklägerin vor allem damit begründet, dass die Beteiligung an den Luxemburgischen Fonds über einen Treuhänder erfolgt sei, dessen Einschaltung den Kunden nicht bewusst gemacht worden sei. Dieser Treuhänder sei nichts anderes gewesen als eine „Tochterfirma der AMIS“, deren Agenden von den selben Personen gelenkt worden seien wie die Geschäfte der AFC bzw der AMIS selbst. Der Zugriff auf die Kundengelder sei nur möglich gewesen, weil der Depotbank nicht jeweils der einzelne Kunde als Einzahler angegeben worden sei, sondern vielmehr der von der AMIS (bzw AFC) dominierte Treuhänder der Depotbank gegenüber als Berechtigter aufgetreten sei.

Damit, ob diese Darstellung der Beteiligungskonstruktion den Tatsachen entsprochen habe und für die Auf-

sichtsbehörde erkennbar gewesen sei, hätten sich die Vorinstanzen nicht auseinandergesetzt. Dies werde im fortgesetzten Verfahren ebenso nachzuholen sein, wie genauere Feststellungen zur Vorgangsweise beim Zugriff auf das Fondsvermögen zu Lasten der Anleger. Erst wenn feststehe, ab welchem Zeitpunkt und auf welche Weise diese rechtswidrigen Zugriffe stattgefunden hätten, könne beurteilt werden, ob und inwieweit die von den Klägerin der Beklagten vorgeworfenen Vermögensschäden durch - ex ante betrachtet - gebotene aufsichtsbehördliche Maßnahmen verhindert worden wären. Sowohl im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit einer Zugriffsmöglichkeit durch Unbefugte als auch bei einer allfälligen Verschuldensprüfung werde insbesondere zu fragen sein, welche Erkenntnisquellen der Aufsichtsbehörde zur Verfügung gestanden seien und auf welche Weise die Aufklärung allenfalls bedenklicher Umstände bei pflichtgemäßem und sorgfältigem Vorgehen herbeigeführt hätte werden können. Dabei werde auch darauf Bedacht zu nehmen sein, ob die Beteiligungskonstruktion in ihren wesentlichen Grundzügen jener entsprochen habe, die von der BWA bereits im Jahr 1998 deshalb als bedenklich angesehen worden sei, weil dabei die Rechte der Kunden nicht ausreichend geschützt wären.

Weiters werde zu klären sein, welche Konsequenzen es gehabt hätte, wäre die BWA den im Sommer 2001 von einem Rechtsanwalt aufgezeigten Umständen nachgegangen, wobei insbesondere die Frage aufgeworfen worden sei, aus welchen Mitteln hohe Provisionszahlungen geleistet würden, womit ersichtlich sogenannte Abschlussprovisionen gemeint gewesen seien; im Prüfbericht vom Juni 2002 finde sich hiezu lediglich eine Auseinandersetzung mit den - jährlich im Nachhinein anfallenden - (der Höhe nach unbedenk-

lichen) Verwaltungsgebühren.

Das Erstgericht werde daher im fortgesetzten Verfahren die Entscheidungsgrundlagen auf Tatsachenebene in der aufgezeigten Weise - gegebenenfalls im Rahmen des weiteren Vorbringens der Kläger auch darüber hinaus - zu verbreitern und dann über das Feststellungsbegehren der Erstklägerin und das verbliebene Eventualbegehren der zweit- und drittklagenden Partei zu entscheiden haben. Sollte sich eine Haftung der Beklagten ergeben, werde bei der Formulierung des Feststellungsausspruchs klarzustellen sein, welche konkreten Versäumnisse den Aufsichtsbehörden als amtshaftungsbegründend vorzuwerfen seien. Sollte sich ergeben, dass bei pflichtgemäßer Aufsicht die gesamte Investition der Kläger unterblieben wäre, die Haftung für den durch deren Anlageentscheidung verursachten Schaden auszusprechen.

Mit Beschluss vom 5.3.2009 verband das Erstgericht die Verfahren 30 Cg 18/06x und 30 Cg 19/06v zur gemeinsamen Führung und Entscheidung und erklärte das Verfahren 30 Cg 18/06x als führend. Weiters räumte es den Parteien die Möglichkeit ein, im Hinblick auf die Ausführungen des OGH in den beiden Aufhebungsbeschlüssen binnen 14 Tagen allfälliges weiteres Vorbringen zu erstatten und weitere Beweisanträge zu stellen.

Im **zweiten Rechtsgang** brachte die **Erstklägerin** ergänzend vor:

AMIS habe im Wege über seine Proponenten und Organe, hauptsächlich Mag. Böhmer und Loidl, stets tatsächliche Verfügungsmacht über sämtliche einbezahlten Kundengelder gehabt, weil das „System AMIS“, das ja nicht von erwirtschafteten Beträgen, sondern von unzulässig „rückgelösten“ Kundengeldern (redemptions) gelebt habe, nicht funk-

tioniert hätte. Die staatliche Aufsicht hätte leicht entdecken können, dass Kundengelder fehlten.

Mag. Böhmer und Loidl hätten die Mehrheit der stimmberechtigten Aktien an der AMIS gehalten. Die AFC sei eine 100 %-ige Tochter der AMIS gewesen. Zwischen der AMIS als Organträger und der AFC als Organgesellschaft sei umsatz- und körperschaftssteuerlich eine Organschaft vorgelegen. Die AFC sei in die AMIS finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch derart eingegliedert gewesen, dass sie keinen eigenen Willen mehr entfalten können habe. Die AMIS-Gruppe habe zwei eigene in Luxemburg angesiedelte Fonds vertrieben und verwaltet. An beiden Fonds seien die Anleger über einen Nominée (Treuhandler) beteiligt gewesen. Als Nominée habe die TFA fungiert. Diese sei immer im Einflussbereich der AMIS-Gruppe verblieben, weil diese der weitaus größte und der einzige große Kunde gewesen sei. Der Vorstand und weitere Mitarbeiter der AFC seien zeichnungsberechtigt auf einem RZB-Konto gewesen, dessen offizieller Inhaber die TFA gewesen sei. Demgemäß habe es der Vorstand der AFC in der Hand gehabt, Verfügungen über das Guthaben auf diesem Konto zu treffen, genauso, wie wenn es sich um ein Konto der AFC selbst gehandelt hätte. Die TFA sei auch immer im Einflussbereich der AMIS-Gruppe gestanden. Insgesamt seien deshalb die für das Vorliegen von mittelbarem Halten von Kundengeldern notwendigen Voraussetzungen erfüllt gewesen. Die Handlungen der TFA hätten durch jene Personen, die hinsichtlich der AFC Entscheidungsbefugnis gehabt hätten, bestimmt werden können. Die zweite Station der Kundengelder sei, soweit sie nicht bereits zuvor veruntreut worden seien, wie dies insbesondere während der Suspendierung der Fonds geschehen sei, Luxemburg gewesen. Sämtliche von

Österreich nach Luxemburg transferierten Gelder seien weiter von AMIS gehalten worden. Die Gelder seien nämlich auf Konten transferiert worden, die weiter der Kontrolle von AMIS unterlegen seien. Gleiches habe für die Wertpapiere gegolten, die mit diesen Geldern angeschafft worden seien. Die Gelder seien nämlich in einen der beiden Fonds (TFI und TTM) investiert worden. Diese Fonds hätten ihre Konten bei der Depotbank gehabt. Das Fondsmanagement, dem auch die Verfügung über die auf den Konten der Fonds liegenden Instrumente und Gelder zugekommen seien, sei bei der AMIS angesiedelt gewesen, und es seien die Verfügungen über die auf den Konten der Depotbank liegenden Vermögenswerte ausschließlich auf Weisungen von Mag. Böhmer oder Loidl erfolgt. Hinzu sei die Einschaltung der TFA als Nominée gekommen. Sie habe dazu geführt, dass die einzelnen Anleger nicht unmittelbar an den Fonds, sondern nur mittelbar über die TFA beteiligt gewesen seien. Das wiederum habe die Konsequenz gehabt, dass gegenüber der als Depotbank für die beiden Fonds fungierenden Institution die einzelnen Anleger nicht bekannt gegeben worden seien. Üblicher Weise werde von der Depotbank das Anteilsinhaberregister geführt und die Ausgabe und Rücknahme der Anteile vorgenommen. Dies seien wichtige Funktionen, deren Bedeutung unter anderem im Schutz der Vermögensrechte der Anleger liege. Durch die Einschaltung der Depotbank werde verhindert, dass eine Kapitalanlagegesellschaft oder ein Fonds bzw für sie handelnde Personen Geldmittel oder Wertpapiere an der Depotbank „vorbeischieben“. Im Fall der beiden AMIS-Fonds seien die Register jedoch von der TFA geführt worden. Damit habe die Depotbank keine Zuordnung zwischen dem Fondsvermögen und den Anlegern vornehmen können. Diese beiden Umstände

hätten gemeinsam dazu geführt, dass das Vermögen der Anleger auch nach seinem Transfer nach Luxemburg dem alleinigen Zugriff von AMIS unterlegen sei: Als Fondsmanager habe die AMIS über die Konten der Fonds verfügen können. Da nur die TFA, nicht aber die Depotbank, die Identität der Anleger gekannt habe, seien die Auszahlungen ebenfalls an die TFA erfolgt. Jener für Wertpapierfonds essenzielle Schutz der Anleger, der sich aus der Funktion der Depotbank ergebe, sei durch die Einschaltung des Nominee im Einflussbereich von AMIS ausgehebelt worden. Das werde deutlich, wenn man berücksichtige, dass die erfolgten Schädigungen ohne den Nominee gar nicht möglich gewesen wären. Hätte die Depotbank nämlich das Register der Anteilsinhaber geführt, so hätte sie Auszahlungen nur jeweils an den einzelnen konkreten Anleger durchführen können; ein Veruntreuen der Gelder durch AMIS hätte gar nicht stattfinden können.

Das Halten von Kundengeldern durch AMIS (unter anderem auf dem Konto bei der Burgenländischen Anlage & Kreditbank AG) habe kausal zu den Veruntreuungen geführt. Die rechtliche Analyse der Zahlungsvorgänge hinsichtlich der von den Anlegern getätigten AMIS-Investments habe gezeigt, dass die von den Kunden geleisteten Zahlungen sowie die hierdurch angeschafften Wertpapiere in einen Kreislauf eingebracht worden seien, der der ausschließlichen Kontrolle der für AMIS handelnden Personen unterlegen sei. In jedem Stadium der Geschäftsverbindung hätten diese Personen die faktische und rechtliche Möglichkeit gehabt, Verfügungen über das Vermögen der Kunden zu treffen. Es sei somit ein umfassendes Halten von Geldern und Instrumenten durch die AMIS und die AFC vorgelegen. AMIS habe die den Vorgaben des WAG 1997 krass widersprechende

Vermögensmacht über die Gelder und Instrumente der Kunden dazu ausgenutzt, Kundenvermögen in beträchtlichem Umfang zweckzuentfremden.

Schon im Zuge einer standardmäßigen Anwendung einschlägiger Erhebungsunterlagen (Arbeitspapiere) zur Feststellung gesellschaftsrechtlicher Verflechtungen der Eigentümer und deren Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsprozesse der AMV (AMIS bzw AFC) wäre hervorgekommen, dass ein ganz klar erkennbarer, beherrschender Einfluss der Eigentümer Mag.Böhmer und Loidl bzw von AMV- bzw AMIS- bzw AFC-Organen auf die Geschäftsaktivitäten von AMIS bestanden habe, und zwar in gesellschaftsrechtlicher, fondsbezogener und auch wirtschaftlicher Hinsicht.

Bereits minimale Prüfungshandlungen im Beteiligungsbereich von AMIS hätten den Nachweis erbracht, dass ab 2001 nahezu der gesamte Liquiditätsbedarf im Beteiligungsbereich der AMIS durch Finanzmittel der I & E Group abgedeckt worden sei. Da aus aufsichtsrechtlicher Sicht jedenfalls auch die Zusammensetzung der AMIS-Fonds im Hinblick auf die Einhaltung von Wohlverhaltensregeln, Veranlagungskonformität und -richtlinien sowie Interessenskonflikte zu hinterfragen gewesen sei, hätte eine bloße Wertpapieraufstellung der Fonds/Teilfonds den Nachweis erbracht, dass substanzielle Veranlagungen in begebene Schuldtitel der I&E (und damit einer Mag. Böhmer und Loidl zuzurechnenden Gesellschaft) vorgelegen seien. Weiters hätten im Zuge einer Nachfrage bei den Fondsprüfern, aber auch bei der I&E selbst, die zahllosen widmungs- bzw prospektwidrigen Veranlagungen festgestellt werden können. Die diesbezügliche Selbstbeschränkung der aufsichtsrechtlichen Prüfer sei nicht erklärbar.

Es sei auch nicht einmal geprüft worden, ob und inwieweit das Kundenvermögen im Sinne der Prospektangaben im TTM bzw im AMIS-Funds SICAV überhaupt veranlagt worden sei oder ob in administrativer Hinsicht die Angaben im Prospekt mit der Realverfassung bei der AMIS in Einklang zu bringen seien.

Es sei auffällig gewesen, dass die Anleger niemals einen Depotauszug einer zum Depotgeschäft befugten Bank erhalten hätten. Ebenso wenig hätten sie Verträge oder sonstige Aufzeichnungen über das Bestehen eines Depotvertrags mit einer dazu berechtigten Bank erhalten. Dies sei darauf zurückzuführen gewesen, dass das Grundprinzip des „investmentfondsrechtlichen Dreiecks“ zwischen Kapitalanlagegesellschaft, Depotbank und Anlegern konstruktionell missachtet worden sei.

Die BWA bzw FMA habe auch zahlreiche Kundenbeschwerden und Anzeigen ignoriert (ON 69).

In der Tagsatzung vom 25.6.2009 trug das Erstgericht den Klägern bis 10.7.2009 auf, mittels Schriftsatz eine Auflistung jener Urkunden zu übermitteln, die mit dem Vorbringen der Kläger korrespondieren, zu welchem Zeitpunkt welche konkreten Hinweise (auf Malversationen von AMIS/AMV) vorgelegen seien, auf die die FMA bzw BWA reagieren hätte müssen (Seiten 7/8 in ON 78).

Mit Schriftsatz vom 8.7.2009 (ON 82) listete die **Erstklägerin** eine Auswahl der für ihren Prozessstandpunkt maßgeblichen Urkunden auf und konkretisierte im Hinblick auf den Aufhebungsbeschluss des OGH vom 28.1.2009, 1 Ob 187/08v (= ON 60 Seite 51f) ihr **Klagebegehren** wie folgt:

„1) Es wird mit Wirkung zwischen der klagenden und beklagten Partei festgestellt, dass die beklagte Partei für jenen Schaden haftet, welcher der klagenden Partei

entstand und noch entstehen wird durch ihre Kapitalanlagen betreffend

a) den Forderungsbetrag von EUR 25.000,--, den die klagende Partei zum AMIS-Vertrag, „AMIS Funds China World Opportunities“, Depot Nr. 932174, Vertragsbeginn 1.11.2003, einbezahlt hat, abzüglich EUR 1.875,-- die die klagende Partei an Auszahlungen zu diesem Vertrag erhalten hat,

b) den Forderungsbetrag von EUR 25.000,--, den die klagende Partei zum AMIS-Vertrag „AMIS Kombiplan“, Depot Nr. 932173, Vertragsbeginn 1.11.2007, einbezahlt hat, abzüglich EUR 1.875,--, die die klagende partei an Auszahlungen zu diesem Vertrag erhalten hat.

2) Die beklagte partei ist schuldig, die Prozesskosten gemäß § 19 RAO zu Handen des Klagevertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen und das bisherige Klagebegehren lediglich als Eventualbegehren aufrecht erhalten.“

Das **Eventualbeehren der Erstklägerin** - erschließbar im Sinne der Modifikationen des OLG Wien im Urteil vom 9.7.2008 - lautet daher wie folgt:

„Die beklagte Partei haftet der erstklagenden Partei für jene künftigen Schäden aus ihren Kapitalanlagen, nämlich der Einzahlung von je EUR 25.000,-- zum Vertrag „AMIS Funds China World Opportunities“ Depotnummer 932174, und zum Vertrag „AMIS Kombiplan +“ Depotnummer 932173, abzüglich

1) je EUR 1.875,--, die die erstklagende Partei an Auszahlungen aus diesen Verträgen erhalten hat,

2) allfälliger Zahlungen, die die erstklagende Partei aus dem Liquidationsverfahren der Luxemburgischen Fonds „AMIS Funds SICAV“ und „Top Ten Multifonds SICAV“

erhalten wird,

3) allfälliger Zahlungen, die die erstklagende Partei aus dem Konkursverfahren über das Vermögen der AMIS und der AFC, 36 S 41/05z und 36 S 42/05x des Handelsgerichtes Wien erhalten wird, und

4) allfälliger Zahlungen, die die erstklagende Partei als Entschädigung von der Anlegerentschädigung von WPDLU GmbH erhalten wird,

die durch die Fehlleistungen der Organe der BWA bzw FMA in Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufsichtspflichten gegenüber der AFC und ihren Vorgängerfirmen AMIS und AMV entstehen werden.“

Die **Zweitklägerin und der Drittkläger** brachten im **zweiten Rechtsgang** vor, die FMA habe durch die rechtswidrige und schuldhaft unterlassene der erforderlichen Aufsichts-, Prüf- und Kontrollmaßnahmen iSd WAG jedenfalls den bei ihnen eingetretenen Schaden in Gestalt eines Investitionsausfalls zu verantworten. Die Beklagte habe als Rechtsträger für dieses Fehlverhalten einzustehen.

Die BWA hätte insbesondere auf die Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Neumayer reagieren müssen. Dieser habe nämlich dezidiert aufgezeigt, dass es sich um eine Vorgangsweise handle, die bei jeder Investmentfondszulassung nicht akzeptiert würde, weil unbeschränkt und unter Verletzung des § 13 Abs 4 WAG irgendwelche Kosten ohne Spezifizierung dem Kunden angelastet werden könnten. Er habe auch dargelegt, dass insbesondere im Falle eines Konkurses erhebliche Probleme auftauchen würden. Gerade diese aufgezeigten Umstände hätten zu einer sofortigen ad hoc-Prüfung und einer sofortigen Unterbindung (Konzessionsentzug) der Malversationen der AMIS-Unternehmen führen müssen.

Die redemptions hätten spätestens im Jänner 2000 begonnen. Letztlich sei dadurch ein deutlich geschmäler-tes Vermögen zur Veranlagung gelangt. Möglich sei dies auch durch das von der Aufsichtsbehörde nicht näher geprüfte EDV-Programm Investor gewesen.

Gerade wegen der Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Neumayer hätte die BWA sich erklären und urkundlich nachweisen lassen müssen, woraus die Provisionszahlungen erfolgt und welche Gelder nun tatsächlich veranlagt worden seien. Sie hätte insbesondere bei der Depotbank entsprechende Nachforschungen anzustellen gehabt, um Gewissheit darüber zu haben, welcher Kunde welchen Betrag zur Einzahlung gebracht habe und wie bzw auf welchem Konto dieser Betrag für welche Veranlagung verwendet worden sei. Lediglich eine stichprobenartige Überprüfung hätte ergeben, dass die Einzahlungen der Kunden mit der behaupteten Vorgangsweise der AMIS-Unternehmen nicht kompatibel seien. Die BWA hätte dabei auch erkannt, dass eine Zuordnung der von den einzelnen Kunden investierten Beträge nicht möglich sei. Dies hätte Anlass gegeben, die Aktivitäten von AMIS in Österreich umgehend zu unterbinden.

Die Aufsichtsbehörde habe auch nicht darauf reagiert, dass die Beteiligung an den luxemburgischen Fonds namens der AMIS-Gesellschaften bzw über einen von diesen kontrollierten Treuhänder erfolgt sei, dessen Einschaltung den Kunden (also auch den Klägern) nicht bewusst gemacht worden sei. Der Zugriff auf die Kundengelder sei nur möglich gewesen, weil der Depotbank nicht jeweils der einzelne Kunde als Einzahler angegeben worden sei, sondern vielmehr die AMIS bzw AFC selbst oder der von diesen dominierte Treuhänder der Depotbank gegenüber als Berechtigter aufgetreten sei. Dass die Malversationen erst im

Jahr 2005 aufgedeckt worden sei, sei allein mit der bis dahin bestehenden Säumigkeit der staatlichen Aufsicht erklärbar. Die Vorgehensweise der AMIS-Unternehmen wäre für die Aufsichtsbehörden erkennbar gewesen, wenn diese entsprechende Prüfungen angestellt hätten. Tatsächlich sei jedoch nicht einmal ansatzweise hinterfragt worden, wie es zur Auszahlung von Provisionen kommen könne bzw wie sich der weitere Verlauf der Gelder darstelle, sondern die Aufsichtsorgane hätten schlichtweg auf die Angaben der Verantwortlichen der AMIS-Unternehmen vertraut. Dieses Prüfungsszenario entspreche jedoch nicht dem Gesetz. Es wäre Aufgabe der Aufsichtsbehörden gewesen, anhand von Überprüfungen, wie Anfragen bei den Depotbanken bezüglich der jeweils investierten Gelder, Einsichtnahme in Einzeldepots und Einzelkonten, die Vorgehensweise der AMIS-Unternehmen aufzudecken. In diesem Fall wäre es letztlich zu einer Entziehung der Konzession gekommen, sodass die Investition der Kläger unterblieben wäre.

Die Aufsichtsbehörden hätten von Anfang an jeglichen Zugang zu den notwendigen Informationen gehabt. So hätten sie etwa das Fondsmanagement und die diesbezüglichen Unterlagen einer entsprechenden Prüfung unterziehen müssen. Bei hinreichender und qualifizierter Prüfung wären die Malversationen bereits viel früher - jedenfalls noch vor den Investitionen der Zweitklägerin und des Drittklägers - entdeckt worden.

Aufgrund der bei entsprechender Nachschau zu Tage getretenen (bereits 1998 beanstandeten) Beteiligungskonstruktion hätten die Aufsichtsbehörden erkennen können, dass die Rechte der Kunden nicht ausreichend geschützt seien.

Die **Beklagte** brachte im **zweiten Rechtsgang** vor:

Die der BWA bzw FMA vom Gesetz eingeräumten Aufsichtsmaßnahmen seien nicht geeignet gewesen, die eingetretenen Schäden auch nur teilweise zu verhindern. Sie sollten auch nach ihrem Schutzzweck nicht gerade solche Schadensverläufe, wie sie hier eingetreten seien, verhindern. Die aufsichtsrechtliche Tätigkeit der BWA bzw FMA über WPDLU sei primär Verhaltensaufsicht und nicht Solvabilitäts- oder Produktaufsicht. Die aufsichtsrechtliche Zuständigkeit der FMA im Bereich der Investmentfonds erstrecke sich grundsätzlich auf Investmentfonds mit Sitz (der Verwaltungsgesellschaft) in Österreich. Investmentfonds mit Sitz der Verwaltungsgesellschaft im Ausland unterlägen als solche nicht der Aufsicht durch die FMA. Die Zulassung und aufsichtsrechtliche Kontrolle derartiger Investmentfonds unterliege der Aufsicht der entsprechenden ausländischen Aufsichtsbehörden. Eine konkurrierende, parallel oder sonstwie überlappende aufsichtsrechtliche Zuständigkeit anderer Finanzmarktaufsichtsbehörden - zusätzlich zu jener des ausländischen Sitzstaats - bestehe grundsätzlich nicht.

Der Vertrieb von ausländischen Kapitalanlagefondsanteilen in Österreich sei anzeigepflichtig, soweit er auf Grundlage eines „öffentlichen Angebots“ in Österreich (§ 24 und § 33 InvFG) erfolge. Die Anzeige sei nach aktueller Rechtslage an die FMA zu richten; vor deren Gründung habe hierfür eine Zuständigkeit des Finanzministeriums bestanden. Die Behörde stelle diesbezüglich die Einhaltung der Vorschriften über den öffentlichen Vertrieb der Anteile in Österreich sicher (§ 37 InvFG). Eine allgemeine umfassende aufsichtsrechtliche Zuständigkeit werde dadurch nicht begründet. Der Vertrieb von Anteilen

ausländischer Investmentfonds ohne öffentliches Angebot unterliege überhaupt keiner behördlichen Anzeigepflicht. Die luxemburgischen SICAV unterlägen nur der Aufsicht durch die luxemburgische Aufsichtsbehörde (CSSF).

Schutzzweck der in § 2 FMABG angeführten Aufsichtsgesetze sei auch nicht der Schutz der Anleger. Die sei mit der Regelung in § 3 Abs 1 FMABG (BGBl I Nr. 136/2008) klargestellt worden. Demzufolge seien Schäden iSd AHG solche, die Rechtsträgern unmittelbar zugefügt wurden, die der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen. Sofern also überhaupt ein rechtswidriges Verhalten seitens der Aufsichtsbehörden vorliegen sollte, liege kein nach dem AHG ersatzpflichtiger Schaden vor.

Die Information, dass in einen „Umbrella-Fonds“ investiert werde, sei nicht notwendig gewesen, weil sie keinerlei Aussage über die zur Wahrung der Kundeninteressen essenziellen Informationen wie Risiken und Ausmaß der Portfoliodiversifikation, Ertragsmöglichkeiten, Anlagehorizont sowie Gebühren und Provisionen treffe. Dieser Terminus beziehe sich überdies ausschließlich auf die Wahl des Rechtskonstrukts eines Fonds, wobei die zur Wahrung der Interessen des Kunden relevanten Informationen iSd § 13 Z 4 WAG (alt) von dieser Wahl unabhängig seien. Ein österreichischer Fonds nach dem InvFG könne daher etwa dieselben Risiken, Ertragsmöglichkeiten etc aufweisen wie ein Luxemburger SICAV oder eine deutsche Investment-Aktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital. Die Information „Umbrella-Fonds“ bringe dem potenziellen Anleger deshalb nicht nur keinen Mehrwert, sondern sei vielmehr geeignet, den Anleger, der regelmäßig nicht über das für das Verständnis um die rechtliche Ausgestaltung eines solchen Fonds notwendige juristische Spezialwissen im

(auch Luxemburger) Kapitalmarktrecht verfüge, zu verwirren und von den tatsächlich zur Wahrung seiner Vermögensinteressen relevanten Informationen abzulenken.

Dem Vorwurf, die Aufsichtsbehörde habe keine Konsequenzen daraus gezogen, dass das Kundenvermögen massiv in Finanzanlagen investiert worden sei, die von verbundenen Gesellschaften emittiert wurden, sei entgegen zu halten, dass solche Investitionen durchaus marktüblich seien und dagegen aus wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht von vornherein nichts einzuwenden sei. Es gehöre auch nicht zum Aufgabenbereich der BWA bzw FMA, die Finanzprodukte, wie etwa Fonds, selbst einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen. Eine solche Prüfung entspreche weder dem gesetzlichen Auftrag noch wäre dies angesichts der enormen Anzahl der allein in Österreich zugelassenen Fonds praktisch durchführbar.

Die FMA könne ihrer Tätigkeit im Normalfall die Prüfungsberichte der Wirtschaftsprüfer sowie der Österreichischen Nationalbank zugrunde legen. Darüber hinaus könne sie sich auf eigene behördliche Wahrnehmungen und auf Wahrnehmungen von dritter Seite stützen. Jede mögliche Gesetzesverletzung werde die FMA allerdings nicht von vornherein entdecken können. Im vorliegenden Fall hätten auch die Prüfungsberichte der Wirtschaftsprüfer keine Auffälligkeiten enthalten. Jene kriminellen Vorgänge, die zu den Schäden der Kläger geführt hätten, hätten ex ante betrachtet von der Aufsichtsbehörde trotz pflichtgemäßem und sorgfältigem, in jedem Falle aber vertretbarem Vorgehen nicht verhindert werden können.

Den Klägern wäre auch derselbe Schaden erwachsen, wenn die Aufsichtsbehörde im Fall AMIS andere oder zusätzliche, ihr vom Gesetz eingeräumte Aufsichtsmittel

zum Einsatz gebracht hätte, weil das Kundenvermögen ordnungsgemäß in die Luxemburger Fonds transferiert worden sei, die nicht der Aufsicht österreichischer Behörden unterlägen.

Rechtsanwalt Dr. Neumayer habe in seinem Schreiben vom 6.6.2001 keine Verdachtsmomente aufgezeigt, weshalb aus ex ante-Sicht die Einleitung entsprechender Nachforschungen seitens der Behörde weder gefordert noch sinnvoll gewesen wäre. Die BWA habe die AMIS dennoch mit Schreiben vom 27.7.2001 aufgefordert, schriftlich mitzuteilen, auf welchem Depot die Barmittel innerhalb des Portfolios gelagert seien.

Im Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Neumayer vom 1.10.2001 gehe es unter anderem um die Höhe der Provisionen und die Frage des Bestehens von Einzeldepots und -konten der Kunden bei einer Bank. Die Behörde sei damals über den Weg des Transfers der Kundengelder (Girokonto des Kunden - internes Verrechnungskonto der RZB - Konto der Depotbank bei der RZB - Konto der Depotbank (damals Banque Colbert) bei einer Bank im Ausland) informiert gewesen. Ab dem Zeitpunkt des Transfers der Gelder nach Luxemburg sei die Sicherungsfunktion von der ausländischen Depotbank und die Aufsicht von der CSSF wahrzunehmen gewesen. Es sei daher nicht im Aufgabenbereich der BWA gelegen, ausländische Depot- und Kontokonstellationen zu prüfen. Eine Überprüfung der Art und Höhe von Gebühren und Provisionen sei vom gesetzlichen Auftrag der BWA bzw FMA nicht umfasst. Vielmehr liege es im alleinigen Ermessen des jeweiligen Anbieters von WPDLU, Art und Höhe der Bezahlung (Gebühren, Provisionen, Honorar etc) für die von ihm erbrachten Dienstleistungen festzulegen. Dabei sei auch die Frage der „Marktüblichkeit“ solcher Bezah-

lungen nicht von der BWA bzw FMA zu behandeln. Dies werde durch eine vor kurzem umgesetzte Gesetzesänderung (§ 75 Abs 8 WAG 2007 idF BGBl 1 Nr 38/2009) verdeutlicht, wonach künftig die Interessenvertretung der Wertpapierdienstleister (Wirtschaftskammer) eine Erhebung der marktüblichen Gebühren und Provisionen für Wertpapierdienstleistungen durchzuführen hat, deren Ergebnis in weiterer Folge von der FMA veröffentlicht wird.

Nach eingehender Erörterung des Inhalts und Umfangs eines einzuholenden Sachverständigengutachtens erstattete der Sachverständige Dr.Christian Imo zunächst ein Gutachten-Konzept samt Zeit- und Kostenschätzung für die Erfüllung des Gutachtensauftrages. Mit Beschluss vom 15.1.2010 (ON 107) beauftragte das Erstgericht den Sachverständigen mit der Gutachtenserstattung im Sinne seines Gutachten-Konzepts.

Das 245 Seiten umfassende Gutachten langte am 26.5.2010 beim Erstgericht ein.

Mit Schriftsatz vom 30.8.2010 (ON 124) lehnte die Beklagte den Sachverständigen mit der Begründung ab, dass er offenbar befangen sei. Dies deshalb, weil der Sachverständige in diversen von ihr zitierten Passagen von Befund und Gutachten eine rechtliche Beurteilung sowie wiederholte Schuldzuweisungen an die BWA bzw FMA vorgenommen habe, womit er einen unzulässigen Einfluss auf den Prozessausgang ausübe. Dazu komme auch der vorverurteilende Gutachtensansatz, der sich daraus ergebe, dass bereits auf Seite 11 des Gutachtens von „Normabweichungen der AMIS-Struktur“ die Rede sei, dies anstatt des objektiven Ansatzes, es werde im Befund untersucht, ob Normabweichungen bestünden. Dadurch werde zumindest der Anschein erweckt, es gehe dem Sachverständigen von vorn-

herein darum, an Hand von „Normabweichungen“ ein Fehlverhalten der Aufsichtsbehörde festzumachen.

Mit Beschluss vom 1.9.2010 (ON 125) verwarf das Erstgericht den Antrag der Beklagten auf Ablehnung des Sachverständigen Dr. Christian Imo. Es sei zwar zutreffend, dass es nicht Aufgabe eines Sachverständigen sei, den Sachverhalt rechtlich zu qualifizieren. Eine solche Vorgangsweise des Sachverständigen sei für sich allein aber keineswegs geeignet, Zweifel an seiner Unbefangenheit zu erwecken. Es könne auch keine Rede davon sein, dass der Sachverständige durch die von der Beklagten bemängelten „Schuldzuweisungen“ an die Aufsichtsbehörde einen „unzulässigen Einfluss auf den Prozessausgang“ ausübe. Es sei zu berücksichtigen, dass es gerade zur Aufgabe des Sachverständigen gehört habe, darzulegen, ob bestimmte Vorgänge für die BWA bzw FMA erkennbar gewesen seien oder wären. Dass das Gutachten für den Prozessstandpunkt der Beklagten ungünstig sei, berechtigte sie jedenfalls nicht zur Ablehnung des Sachverständigen. Der Vorwurf der Beklagten hinsichtlich des „vorverurteilenden Gutachtensansatzes“ sei überhaupt nicht nachvollziehbar. Dass es in der AMIS-Struktur „Normabweichungen“ gegeben habe, sei spätestens durch das (rechtskräftige) Strafurteil objektiviert.

Entsprechend dem Gerichtsauftrag beantragte die Beklagte mit Schriftsatz vom 30.8.2010 (ON 124) sowie die Drittnebenintervenientin mit Schriftsatz vom 6.9.2010 (ON 127) die Gutachtenserörterung jeweils im Sinne einer detaillierten Fragenliste. Am 21.9.2010 beraumte das Erstgericht die Tagsatzung zur Gutachtenserörterung (voraussichtliche Dauer 13.00 bis 16.00 Uhr) für 10.11.2010 an.

Eingangs der Tagsatzung vom 10.11.2010 legte der Sachverständige die schriftliche Beantwortung der an ihn gestellten Fragen vor (ON 136) und folgte den Parteien jeweils eine Ausfertigung (38 Seiten) aus. Daraufhin gab das Erstgericht den Parteienvertretern Gelegenheit, diese schriftliche Urkunde zu lesen und hielt Folgendes im Protokoll fest:

„Der BV, der NIV Dr.Engelhart und der NIV Dr.Stöger beantragen um 13.50 Uhr, ihnen eine angemessene Frist zur Formulierung ergänzender Fragen an den Sachverständigen einzuräumen, dies im Hinblick darauf, dass die schriftliche Fragenbeantwortung ON 136 sehr umfangreich und komplex sei, wie das gesamte Verfahren, sodass es der Beklagten und den Nebenintervenienten nicht möglich sei, ergänzende Fragen in dieser Verhandlung zu stellen.

Die Richterin stellt die Frage, ob es den Antragstellern hilfreich wäre, wenn der Sachverständige die Fragen mündlich beantwortet, also inhaltlich so wie in ON 136.

Der BV und NIV führen hiezu aus, dass dies nicht hinreichend sei, auch wenn der Sachverständige ohne Vorlage einer schriftlichen Fragenbeantwortung die gestellten Fragen heute mündlich beantwortet hätte oder beantworten würde, würden sie einen derartigen Antrag stellen, weil die Sache ebenso komplex sei.

Die KV sprechen sich jeweils gegen diesen Antrag unter Hinweis darauf aus, dass die heutige Verhandlung laut Beschluss ON 125 der abschließenden Gutachtenserörterung dienen solle und insgesamt 3 Stunden zur Verfügung stünden und jetzt immer noch mehr als 2 Stunden. ...“

Nachdem auf sechs Seiten die Beantwortung diverser Fragen durch den Sachverständigen festgehalten wurde,

erklärten die Parteienvertreter, derzeit keine weiteren Fragen zu haben, „wobei der BV und die beiden NIV ausdrücklich nochmals betonen, dass sie gerne noch Gelegenheit hätten, sich die schriftliche Gutachtensergänzung durchzulesen, um allenfalls weitere ergänzende Fragen stellen zu können“. Sodann brachte der Vertreter der zweit- und drittklagenden Partei vor, dass er sein Klagebegehren im Sinne der Berufungsentscheidung im ersten Rechtsgang vorsichtshalber um zwei weitere Eventualbegehren ergänze. Das **Haupt- und die Eventualbegehren der zweit- und drittklagenden Partei** lauten daher wie folgt:

„Es wird mit Wirkung zwischen den klagenden Parteien und der beklagten Partei festgestellt, dass die beklagte Partei als Rechtsträger der Finanzmarktaufsichtsbehörde bzw zuvor der Bundeswertpapieraufsichtsbehörde auf Grund der nicht gehörigen Erfüllung der diesen obliegenden Aufsichts- und Prüfpflichten gegenüber der AMIS sowie der AFC den klagenden Parteien gegenüber für den Schaden haftet, die klagenden Parteien dadurch erleiden, dass sie ihrerseits gegenüber der Anlegerentschädigung von WPDLU GmbH angemeldete Forderung nicht befriedigt wird, in eventu:

1.a) Es wird mit Wirkung zwischen den klagenden Parteien und der beklagten Partei festgestellt, dass die beklagte Partei als Rechtsträger der Finanzmarktaufsichtsbehörde beziehungsweise zuvor der Bundeswertpapieraufsichtsbehörde aufgrund der nicht gehörigen Erfüllung der diesen obliegenden Aufsichts- und Prüfpflichten gegenüber der AMIS sowie der AFC den Klägern gegenüber für den Schaden haftet, den die Kläger dadurch erleiden, dass die ihrerseits in den Konkursverfahren GZ 36 S 42/05x und GZ 36 S 41 /05z je

des Handelsgerichtes Wien, gegenüber der Anlegerentschädigung der WPDLU GmbH und in den Liquidationsverfahren der luxemburgischen Fonds „AMIS Funds SICAV“ und „Top Ten Multifonds SICAV“ angemeldete Forderung in der Höhe von € 11.773,08, die aus den Einzahlungen zum AMV/AMIS Pensionsplan, Depotnummer 927477, im Zeitraum 1.3.2001 bis 5.09.2005 resultiert, nicht zur Gänze befriedigt wird;

in eventu

b) Es wird mit Wirkung zwischen den klagenden Parteien und der beklagten Partei festgestellt, dass die beklagte Partei als Rechtsträger der FMA beziehungsweise zuvor der BWA aufgrund der nicht gehörigen Erfüllung der diesen obliegenden Aufsichts-, Kontroll- und Prüfpflichten gegenüber der AMIS sowie der AFC beginnend ab 17./18.05.1999, in concreto dadurch, dass sie es rechtswidrig, schuldhaft und kausal unterlassen hat,

- dem augenscheinlichen Inkassieren und Halten von Geldern (Verstoß gegen § 1 Absatz 1 Z 19 BWG) nachzugehen und sodann die weiteren Schritte (Prüfmaßnahmen, Regierungskommissär, etc) einzuleiten, um den Missstand zu beseitigen,

- gegenüber der AFC relevante und jedenfalls indizierte Prüfmaßnahmen zu setzen,

- in den Prüfberichten selbst richtige Feststellungen zu treffen beziehungsweise auf evidente Interessenskonflikte entsprechend einzugehen

- auf die Anzeige von Herrn Fellmann entsprechende Prüfungen einzuleiten,

- im Rahmen des EDV - Systems der AMIS-Unternehmungen den Zahlungsein- und Zahlungsausgang von Kundengel-

dern entsprechend näher zu hinterfragen beziehungsweise zu prüfen (Investor),

- auf die Suspendierung der SICAVs in Luxemburg hin Prüfmaßnahmen gegen AFC einzuleiten,

- die Verflechtungen zwischen AMIS und AFC basierend auf den Aufsichtsberichten entsprechend aufzuklären (de facto wurde die Vermögensverwaltung von AMIS ohne Konzession durchgeführt)

- das Provisionssystem und Gebührenmodell zu überprüfen,

- das jedenfalls für den zu gewährleistenden Anlegerschutz zu wahrende Trennungsprinzip zu überprüfen und dessen Missachtung durch die AMIS - Gesellschaften zu beseitigen

- die Beteiligungen und Gesellschafterstellungen hinsichtlich der TFA zu hinterfragen und zu beseitigen,

- den Konzessionsübergang ob der Abspaltung der AFC insbesondere im Zusammenhang mit dem operativen Geschäft abzuklären,

- dafür zu sorgen, dass die Anlegerschutzrichtlinie 97/9/EG als primäres Gemeinschaftsrecht vollständig ins nationale Recht umgesetzt wird, um einen funktionstauglichen Einlagensicherungsschutz einzurichten,

- die vorgelegten Prüfberichte, Bilanzen, und Jahresabschlüsse der AMIS - Unternehmungen entsprechend zu prüfen und zu berücksichtigen und daraus entsprechende Schaden verhindernde Maßnahmen zu ergreifen,

- die vorhandenen Prospektunterlagen und die Produktbeschreibungen der AMIS-Produkte entsprechend zu prüfen und daraus Maßnahmen abzuleiten,

- die Unvereisbarkeiten von Organen der AMIS-Unternehmungen und Geschäftspartner zu prüfen und zu un-

terbinden

- trotz entsprechender Parameter, Warnhinweise, fehlender behördlicher Genehmigungen und permanenter Gesetzesverstöße den AMIS-Unternehmungen die Geschäftstätigkeiten zu untersagen und vermögenssichernde Anordnungen zum Schutz des deponierten Vermögens zu treffen

- auf die Anfragen von RA Dr. Neumayer (Beilagen ./TTTT2 und ./WWWW2) zu reagieren und die entsprechenden Prüfungen einzuleiten

- sowie der rechtswidrigen redemptions, das Provisionssystem, die Sammeldepotverwahrung und das risikoreiche und mit den Informationen nicht kompatible Investment zu prüfen und näher zu hinterfragen sowie sodann die gesetzlich gebotenen Schritte einzuleiten,

den Klägern gegenüber für den Schaden haftet, den die Kläger dadurch erleiden, dass die ihrerseits in den Konkursverfahren GZ 36 S 42/05x und GZ 36 S 41 /05z je des Handelsgerichtes Wien, gegenüber der Anlegerentschädigung der WPDLU GmbH und in den Liquidationsverfahren der luxemburgischen Fonds „ AMIS Funds Sicav“ und „Top Ten Multifonds“ angemeldete Forderung in der Höhe von € 11.773,08, die aus den Einzahlungen zum AMV/AMIS Pensionsplan, Depotnummer 927477, im Zeitraum 01.03.2001 bis 05.09.2005 resultiert, nicht zur Gänze befriedigt wird.

In eventu

c) Es wird mit Wirkung zwischen den klagenden Parteien und der beklagten Partei festgestellt, dass die beklagte Partei für jenen Schaden haftet, welcher den Klägern entstanden ist und noch entstehen wird durch ihre Kapitalanlage betreffend den Forderungsbetrag von € 11.773,08, den die Kläger zum AMIS Vertrag „AMV Pen-

sionsplan", Depotnummer 927477, im Zeitraum 01.03.2001 bis 05.09.2005 einbezahlt haben.

2. Die beklagte Partei ist weiters schuldig, den Klägern die Kosten des gegenständlichen Verfahrens gemäß § 19a RAO zu Handen der ausgewiesenen Klagevertretung zu ersetzen;

all dies binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution."

Der BV und die NIV bestritten auch die weiteren Eventualbegehren.

Daraufhin nahm das Erstgericht von der Aufnahme weiterer Beweise wegen Spruchreife Abstand und schloss die Verhandlung.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht den Feststellungsbegehren der Kläger im nachstehenden Umfang Folge:

„I.) Die beklagte Partei haftet der erstklagenden Partei für jenen Schaden, der ihr auf Grund der nicht gehörigen Erfüllung der den Organen der BWA bzw der FMA obliegenden Aufsichts- und Prüfpflichten gegenüber AMIS sowie der AFC aus ihren Kapitalanlagen, nämlich der Einzahlung von je EUR 25.000,-- zum Vertrag „AMIS Funds China World Opportunities“, Depotnummer 932174, und zum Vertrag „AMIS Kombiplan“, Depotnummer 932173, Vertragsbeginn je 1.11.2003, abzüglich je EUR 1.875,-- an Auszahlungen aus diesen Verträgen entstanden sind und noch entstehen wird.

II.) Die beklagte Partei haftet als Rechtsträgerin der FMA bzw zuvor der BWA auf Grund der nicht gehörigen Erfüllung der diesen obliegenden Aufsichts- und Prüfpflichten gegenüber der AMIS sowie der AFC der zweit- und der drittklagenden Partei gegenüber für den Schaden, den diese dadurch erleiden, dass die von ihnen in den Kon-

kursverfahren 36 S 41/05z und 36 S 42/05x je des Handelsgerichts Wien, gegenüber der Anleger die Entschädigung der WPDLU GmbH und in den Liquidationsverfahren der Luxemburgischen Fonds „AMIS Funds SICAV“ und „Top Ten Multifonds SICAV“ angemeldete Forderung von EUR 11.773,08, die aus den Einzahlungen zum AMV/AMIS Pensionsplan, Depotnummer 927477 im Zeitraum 1.3.2001 bis 5.9.2005 resultiert, nicht zur Gänze befriedigt wird.“

Es verpflichtete die Beklagte, der Erstklägerin die mit EUR 63.201,62 (darin enthalten EUR 5.221,78 USt und EUR 31.870,72 Barauslagen) sowie der Zweitklägerin und dem Drittkläger die mit EUR 46.717,20 (darin enthalten EUR 3.599,92 USt und EUR 25.117,70 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.

Das Erstgericht traf die aus den Seiten 36 bis 175 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen und bejahte in rechtlicher Hinsicht die Haftung der Beklagten nach dem AHG.

Gemäß § 1 Abs 1 AHG hafte unter anderem der Bund für den Schaden am Vermögen oder an einer Person, den die als seine Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben. Gegenstand dieses Verfahrens seien ausschließlich allfällige Verfehlungen der Organe der BWA bzw FMA; auf allfälliges Fehlverhalten der Abschlussprüfer, für das die Beklagte ebenfalls einzustehen hätte, haben sich die Kläger (zuletzt) nicht (mehr) gestützt, sodass darauf nicht einzugehen sei.

Die Beklagte habe für ein allfälliges rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten von Organen der BWA nach den Vorschriften des AHG einzustehen (1 Ob 257/05h; ebenso 1 Ob 187/08v). Der OGH habe im ersten Rechtsgang klarge-

stellt, dass die Aufsicht über WPDLU ebenso wie die Bankenaufsicht auch dem rechtzeitigen Erkennen und Abstellen von Missständen sowie der Abwendung drohender Gefahren diene, weshalb das schuldhaftes Unterlassen der notwendigen Maßnahmen zu Amtshaftungsansprüchen geschädigter Anleger führen könne, zumal § 24 Abs 1 WAG in der damals geltenden Fassung ausdrücklich angeordnet habe, dass bei der Aufsicht über WPDLU nicht nur auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Kapitalmarkt, sondern auch auf die „Interessen der Anleger“ Bedacht zu nehmen sei. Dabei geht es nicht um den Schutz der Anleger vor allen erdenklichen Risiken, sondern nur vor solchen, die sich bei ordnungsgemäßem Verhalten der Aufsichtsbehörde regelmäßig gerade nicht ergeben. Soweit den Aufsichtsbehörden übertragene Kontrollpflichten, die auch dem Schutz der Anleger dienen, verletzt werden, habe die Beklagte deshalb als Rechtsträgerin für den adäquat kausal verursachten und im Schutzbereich der jeweils konkret anwendbaren Normen liegenden Schaden nach amtshaftungsrechtlichen Grundsätzen einzustehen (1 Ob 187/08v, ebenso 1 Ob 232/08m zum verbundenen Verfahren).

Auf die von der Beklagten ins Treffen geführte Vorschrift des § 3 Abs 1 FMABG idF BGBl I Nr. 136/2008 komme es hier von vornherein nicht an, soweit es nicht um die allfällige Haftung der Beklagten für das Verhalten von Organen der FMA, sondern von Organen der BWA gehe. Abgesehen davon wäre der erst durch die am 26.10.2008 kundgemachte Novelle BGBl I Nr. 136/2008 angefügte zweite Satz des § 3 Abs 1 FMABG, wonach Schäden im Sinne dieser Bestimmung solche sind, die Rechtsträgern unmittelbar zugefügt wurden, die der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen, hier entgegen der Auffassung der

Beklagten auch deshalb noch nicht anwendbar, weil die der BWA bzw FMA von den Klägern vorgeworfenen Handlungen bzw Unterlassungen alle deutlich vor Oktober 2008 erfolgt seien und eine Rückwirkung dieser Bestimmung nicht in Betracht kommt. Auf eine allfällige Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung, die vom Gericht erster Instanz ohnehin nicht aufgegriffen werden könnte, kommt es hier deshalb gar nicht an.

Der OGH habe in seinen Aufhebungsbeschlüssen (1 Ob 187/08v und 1 Ob 232/08m) ausgesprochen, dass gar nicht erkennbar sei, inwieweit das Bankkonto der AMV, auf das - wie von der BWA bereits bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 erkannt wurde - Kundeneinzahlungen erfolgt seien, den schädigenden Praktiken förderlich gewesen wäre, zumal die Kundengelder ja zunächst tatsächlich an die Luxemburger Fonds transferiert worden seien. Da dieses Konto spätestens im Herbst 2000 aufgelöst worden sei, seien die Gefahren, die für Anleger mit diesem verbotenen Halten von Kundengeldern verbunden seien, zur Zeit der Investition der Kläger nicht mehr zu befürchten gewesen. Weder habe sich nämlich das WPDLU durch unmittelbaren Zugriff auf das Kontoguthaben Kundengelder selbst zueignen können, noch habe die Gefahr bestanden, dass auf diesem Konto bestehende Forderungen gegen die Bank im Insolvenzfall in die Konkursmasse der AMIS bzw AMV fallen könnten. Es fehle deshalb jedenfalls **auf Grundlage des bisher festgestellten Sachverhalts** der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem in diesem Zusammenhang behaupteten Fehlverhalten der BWA und dem im Vermögen der Kläger eingetretenen Schaden.

Da sich die zitierten Ausführungen des OGH ausdrücklich auf den **seinerzeit festgestellten Sachverhalt** bezö-

gen, hinderten sie nicht eine abweichende rechtliche Beurteilung auf Basis der nunmehr (insbesondere aufgrund des eingeholten Sachverständigengutachtens) ergänzend getroffenen Feststellungen.

Danach wären gerade aufgrund des von der BWA bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 erkannten Haltens von Kundengeldern in Zusammenhang mit diesem Konto (wie auch in der Folge aufgrund der weiteren im Rahmen der laufenden Aufsicht gewonnenen Erkenntnisse und Hinweise, etwa durch die Schreiben des Dr. Neumayer) weitere Erhebungen über den Verbleib der Kundengelder geboten gewesen.

Durch die Entgegennahme von Veranlagungsgeldern ihrer Kunden auf eigenen Konten und die nachfolgende Auftragsdurchführung im eigenen Namen habe die AMV nämlich gegen das gesetzliche Verbot des § 1 Abs 1 Z 19 BWG iVm § 20 Abs 1 Z 4 WAG verstoßen. In diesen Normen sei bei der Durchführung der Anlageberatung, Portfolioverwaltung und Anlagevermittlung das Vertretermodell gesetzlich vorgeschrieben, was eine strikte Trennung zwischen dem Vermögen des WPDLU und dem seiner Kunden bedingte. Die AMV hätte daher das verwaltete Kundenvermögen, gleich ob Wertpapiere oder Barmittel (Einzahlungen) nicht in Empfang nehmen dürfen. Aus dem Verbot der „Schuldnerstellung“ folge auch die Pflicht des WPDLU, das von ihm verwaltete Vermögen bei einem Kreditinstitut zu verwahren. Die AMV hätte daher dafür Sorge tragen müssen, dass Kundengelder bzw Wertpapiere nur auf kundeneigenen Bankkonten bzw Bankdepots verbucht werden können, sowie dass bei allen Verfügungen und Transaktionen, die im Kundenauftrag durchgeführt werden, die daraus resultierenden Vermögensänderungen die Depot- bzw Kontosphäre des Anlegers nicht verlassen.

Diese Vorschriften sollten das - bei der AMV aufgrund der bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 festgestellten Vorgangsweisen latent gegebene - Veruntreuungsrisiko ausschließen, das sich letztlich auch tatsächlich verwirklicht habe.

Die Mitarbeiter der BWA hätten aus den von ihnen bei der ersten Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 festgestellten Umständen bei entsprechender Fachkenntnis die Gefahr von Malversationen aufgrund des Verstoßes gegen das Trennungsprinzip erkennen und deshalb weitere Maßnahmen ergreifen müssen. Insbesondere hätten sie, statt bloß die Schließung des Kontos bei der Raiffeisenlandesbank NÖ-Wien zu verlangen, untersuchen müssen, welche Konsequenzen die von ihnen erkannte Einzahlung von Kundengeldern auf ein Konto der AMV für die Rechtsposition der Kunden gegenüber dem Fonds bzw der Depotbank hatte. Hätten sie insofern nachgeforscht, insbesondere überprüft, ob die einzelnen Kunden der Depotbank namentlich bekannt gewesen seien, ob also das Trennungsprinzip eingehalten worden sei, hätte sich herausgestellt, dass dies nicht der Fall gewesen sei. Damit wäre also herausgekommen, dass eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 20 WAG nicht (mehr) vorliegen sei. Unter diesen Umständen hätte die BWA gemäß § 24 Abs 3 WAG die in § 70 Abs. 4 Z 1 bis 3 BWG genannten Maßnahmen in Bezug auf das WPDLU zu ergreifen gehabt.

Gemäß § 70 Abs 4 BWG habe der Bundesminister für Finanzen dann, wenn eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 5 Abs 1 Z 2 bis 13 BWG nach Erteilung der Konzession nicht mehr vorliegt oder ein Kreditinstitut Bestimmungen des BWG oder bestimmter anderer Gesetze verletzt,

1. dem Kreditinstitut unter Androhung einer Zwangsstrafe aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand binnen jener

Frist herzustellen, die im Hinblick auf die Umstände des Falles angemessen ist;

2. im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern des Kreditinstitutes die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre, und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen gemäß Z 1 erwartet werden kann; in diesem Fall ist die erstverhängte Zwangsstrafe zu vollziehen und der Auftrag unter Androhung einer höheren Zwangsstrafe zu wiederholen;

3. die Konzession zurückzunehmen, wenn andere Maßnahmen nach diesem Bundesgesetz die Funktionsfähigkeit des Kreditinstitutes nicht sicherstellen können.

Das bedeute, dass die BWA ein dreistufiges Verfahren einzuhalten gehabt hätte. Zunächst hätte sie gegenüber der AMV einen Bescheid iSd § 70 Abs 4 Z 1 BWG zu erlassen, ihr also unter Androhung einer Zwangsstrafe die Herstellung des rechtmäßigen Zustands aufzutragen gehabt. Hätte sie das getan, wäre der Schaden der Kläger in jedem Fall verhindert worden: Entweder hätte die AMV den rechtmäßigen Zustand hergestellt, sodass künftige Malversationen unterblieben wären, oder sie hätte es nicht getan; in letzterem Fall wäre die BWA gehalten gewesen, den Geschäftsleitern die Geschäftsführung zu untersagen und letztlich sogar die Konzession zu entziehen.

Die tatsächliche Vorgangsweise der BWA, nämlich die bloße Feststellung, dass die AMV auf einem eigenen Konto Veranlagungsgelder entgegen genommen habe, und die Anweisung zur Löschung dieses Kontos, sei hingegen nicht ausreichend gewesen. Selbst wenn nämlich die Anweisung zur Löschung des Kontos im Rahmen eines förmlichen Bescheids

erfolgt wäre, hätte die BWA damit allein ihre Sorgfaltpflichten nicht erfüllt, hätte doch die AMV jederzeit ein anderes Konto nützen oder sonst Möglichkeiten finden können, wie man die Zahlungsflüsse weiterhin beherrschen könne, ohne dafür ein eigenes Konto für die Kundeneinzahlungen nutzen zu müssen. In der Folge sei genau dies der AMV bzw AMIS (AFC) durch die Zwischenschaltung zuerst des RZB-internen Kontos und später der TFA auch gelungen. Weiters wären mit der Löschung des AMV-Kontos keine unmittelbaren Wirkungen für die bereits bestehenden Kunden bzw die bereits veranlagten SICAV-Anteile verbunden gewesen, weil die AMV gegenüber der Fondsgesellschaft und der Depotbank nach wie vor als alleiniger Anteilsberechtigter aufgeschienen wäre. Die dem Schutz der Anleger dienende Wirkung des Trennungsprinzips infolge der Depotbankkontrolle hätte sich also dann nicht entfalten können.

Die Löschung des AMV-Kontos bei der RLB NÖ/Wien sei daher für sich allein nicht geeignet gewesen, die Verletzung des gesetzlich normierten Trennungsprinzips bei Wertpapierdienstleistungen der AMV zu beseitigen. Somit seien die von der BWA gesetzten aufsichtsrechtlichen Maßnahmen, die ausschließlich auf die Löschung dieses Kontos gerichtet gewesen seien, nicht ausreichend gewesen.

Hätte die BWA die im konkreten Fall gebotenen Maßnahmen gesetzt, dh weitere Ermittlungen durchgeführt und in weiterer Folge einen Bescheid mit dem festgestellten gebotenen Inhalt erlassen, wäre der Schaden der Kläger zur Gänze verhindert worden.

Das Unterlassen einer derartigen Reaktion auf die Erkenntnis, dass die AMV Kundengelder entgegengenommen hatte, kann nicht mehr als vertretbar angesehen werden.

Die für den Schadenseintritt der Kläger kausale Unterlassung sei deshalb rechtswidrig und schuldhaft (unvertretbar) gewesen, sodass die Beklagte dem Grunde nach für den den Klägern entstandenen Schaden (Vermögensverlust) einzustehen hat. Dass die Erhebung eines Feststellungsbegehrens im vorliegenden Fall zulässig sei, habe der OGH im ersten Rechtsgang bereits abschließend bejaht. Sofern die Aufsichtsbehörden aufgrund ausreichender Anhaltspunkte bereits vor der Veranlagungsentscheidung der Kläger zu Maßnahmen verpflichtet gewesen wären, die den rechtswidrigen Zugriff des „AMIS-Managements“ auf das Fondsvermögen verhindert hätten, bestünden keine Bedenken gegen die bloße Bezugnahme auf die den Klägern durch diese Investition entstandenen Schäden, weil ja bei pflichtgemäßem Aufsichtsverhalten die Investition zur Gänze unterblieben wäre. Das ergänzte Beweisverfahren habe in der Tat ergeben, dass die Investitionen sämtlicher Kläger unterblieben wären, wenn die BWA pflichtgemäß gehandelt hätte.

Die von der Beklagten und einigen Nebenintervenienten beantragte Erstreckung der Tagsatzung vom 10.11.2010, um ihnen Gelegenheit zu geben, allenfalls weitere Fragen an den Sachverständigen (ausgehend von dessen Ausführungen in Beantwortung der an ihn gestellten Fragen) zu stellen (S. 9 in ON 137), sei entbehrlich gewesen, weil die Parteien in dieser Verhandlung ausreichend Zeit und Gelegenheit gehabt hätten, ergänzende Fragen an den Sachverständigen zu stellen.

Die **Kostenentscheidung** gründete das Erstgericht auf § 41 ZPO und erachtete die Einwendungen der Beklagten gegen die Kostennoten der Kläger aus folgenden Erwägungen zur Gänze als berechtigt:

1. Zu den Kosten der Erstklägerin:

Die Erstklägerin habe im ersten Rechtsgang für ihre Revisionsbeantwortung (ON 59a) Kosten von € 1.986,48 brutto verzeichnet; nunmehr verzeichne sie - unter Berücksichtigung eines Streitgenossenzuschlags von 35 % sowie des ERV-Zuschlags von € 1,80 - Kosten von € 2.683,67 brutto. Die Beklagte verweist in diesem Zusammenhang zutreffend auf die Entscheidung 3 Ob 104/07a, wonach in einem solchen Fall auf die ursprüngliche (niedrigere) Kostenverzeichnung abzustellen sei.

Für den Fristerstreckungsantrag vom 20.3.2009, ON 64, stünden der Erstklägerin keine Kosten zu. Für den Schriftsatz vom 8.7.2009, ON 82, stünden der Erstklägerin auch nur Kosten nach TP 2 RATG zu, und die Bekanntgabe vom 14.12.2009, ON 99, sei nur nach TP 1 RAT zu honorieren. Letzteres gelte auch für den Schriftsatz vom 8.7.2010, ON 118.

2. Zu den Kosten der Zweitklägerin und des Drittklägers:

Für die Revisionsbeantwortung vom 3.11.2008, ON 33 des Akts 30 Cg 19/06v, stehe im Sinne der obigen Ausführungen ebenfalls nur der seinerzeit verzeichnete Streitgenossenzuschlag von 10 % (und nicht jener von 45 % laut Kostennote vom 10.11.2010) zu. Für die übrigen verzeichneten Leistungen gebühre nur ein Streitgenossenzuschlag von 40 % und nicht, wie verzeichnet, von 45 bzw 50 %, weil der Vertreter der Zweitklägerin und des Drittklägers zwei Parteien vertrete und ihm insgesamt sieben Parteien (beklagte Partei und sechs Nebenintervenienten) gegenüberstünden. Die Bemessungsgrundlage beträgt auch bloß € 12.000,-. Für die Fristerstreckungsanträge vom 19. (richtig 20.)3.2009, ON 65, vom 1.(richtig 6.)4.2009, ON

68, sowie vom 14.12.2009, ON 100, stünden keine Kosten zu. Gleiches gelte für den Schriftsatz vom 27.4.2009, ON 71, der ebenfalls nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sei. Die Stellungnahme vom 14.7.2010, ON 120, zum Fristerstreckungsantrag der Beklagten sei nur nach TP 1 RAT zu honorieren.

Gegen dieses Urteil richten sich

1.) die **Berufung der Beklagten** wegen Nichtigkeit sowie aus den Gründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne der gänzlichen Klagsabweisung, in eventu das angefochtene Urteil aufzuheben und zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückzuverweisen, und

2.) der **Kostenrekurs der Erstklägerin** mit dem Antrag, die Kostenentscheidung im angefochtenen Urteil dahin abzuändern, dass der Erstklägerin Kosten von insgesamt EUR 79.016,08 (darin enthalten EUR 7.857,56 USt und EUR 31.870,72 Barauslagen) zuerkannt werden; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Streitteile beantragen jeweils den Rechtsmitteln der Gegenseite nicht Folge zu geben.

**zu I) Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung:**

Durch das Budgetbegleitgesetz 2009, BGBl I Nr 52/2009, wurde § 492 ZPO, der einen ausdrücklichen Parteienantrag auf Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung vorgesehen hatte, aufgehoben. Zugleich wurde § 480 Abs 1 ZPO dahingehend novelliert, dass eine mündliche Berufungsverhandlung nur noch anzuberaumen ist, wenn der Berufungssenat dies im einzelnen Fall für erforder-

lich hält. Diese Änderungen sind anzuwenden, wenn das Datum der Entscheidung erster Instanz - wie im vorliegenden Fall - nach dem 30.6.2009 liegt.

Dem Antrag der Beklagten auf Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung ist damit die Rechtsgrundlage entzogen, weshalb er zurückzuweisen ist. Da das Berufungsgericht die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung nicht für erforderlich hält, entscheidet es über die Berufung in nichtöffentlicher Sitzung.

**zu II) Nichtigkeitsberufung:**

Als Nichtigkeit im Sinne des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO macht die Berufungswerberin geltend, dass der Sachverständige in der Tagsatzung vom 10.11.2010 den Parteien und dem Gericht die schriftliche Fragenbeantwortung ON 136 ausgefolgt habe, diese Urkunde vom Erstgericht - ohne Verlesung - zum Akt genommen und der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegt worden sei. Dem unter Hinweis auf den Umfang der Fragenbeantwortung (38 Seiten mit zahlreichen Querverweisen) vom BV und 3.Nebenintervenient ausdrücklich und wiederholt gestellten Antrag, ihnen eine angemessene Frist zur Formulierung ergänzender Fragen einzuräumen, sei vom Erstgericht nicht entsprochen worden; diese Vorgangsweise sei einer Verweigerung der Stellungnahme zu Beweisergebnissen gleichzusetzen, was den angezogenen Nichtigkeitsgrund verwirkliche.

Damit Nichtigkeit iSd § 477 Abs 1 Z 4 ZPO vorliegt, müssen folgende Voraussetzungen zusammentreffen: a) Ein ungesetzlicher Vorgang, der b) einer Partei c) die Möglichkeit nimmt, d) vor Gericht zu verhandeln. So lange auch nur eine dieser Voraussetzungen fehlt, liegt der Nichtigkeitsgrund nicht vor; ein Verstoß kann gegebenenfalls höchstens als Verfahrensmangel bedeutsam werden,

doch auch nur unter der Voraussetzung, dass ein Verfahrensgesetz verletzt wurde und die mögliche Kausalität für eine behauptete Unrichtigkeit der Entscheidung behauptet und erkennbar ist (Pimmer in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/1 § 477 ZPO Rz 44).

Zur Chancengleichheit und damit zu den Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK gehört die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs. Das rechtliche Gehör im Sinne dieser Bestimmung wird nicht nur dann verletzt, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äußern, überhaupt genommen wird, sondern auch dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten (stRSpr RIS-Justiz RS0005915). Das Gericht hat daher den Parteien Verfahrensvorgänge, die erkennbar für sie wesentliche Tatsachen betreffen, bekannt zu geben und ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, dazu Stellung zu nehmen. Ausgehend von diesem Grundsatz sprach der OGH zu 3 Ob 111/01x aus, dass den Parteien durch die Verletzung der Bestimmung des § 360 Abs 2 ZPO die Möglichkeit genommen worden sei, zu dem schriftlich ergänzten Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen und das darin - entgegen früherer, nicht mehr aufrecht erhaltener Rechtsprechung - der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs der Parteien gelegen sei. Die ältere Rechtsprechung ist insbesondere im Hinblick auf die angeführte jüngere, Art 6 Abs 1 EMRK berücksichtigende Rechtsprechung überholt. Liegt aber Nichtigkeit vor, ist nicht zu prüfen, ob ernstliche Bedenken gegen das Gutachten bestehen, weil Nichtigkeitsgründe ohne Rücksicht auf ihre Auswirkung im Einzelfall auch von Amts wegen aufgegriffen werden müssen (9 ObA

237/02x).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so kann im Hinblick auf den oben detailliert wiedergegebenen chronologischen Ablauf der Vorbereitung der Gutachtenserstattung, der Festlegung des Inhalts und Umfangs des Gutachtens der Einräumung einer ausreichend langen Frist zur Formulierung der vom Sachverständigen anlässlich der beantragten Gutachtenserörterung zu beantwortenden Fragen und schließlich die tatsächlich in der Tagsatzung vom 10.11.2010 erfolgte Gutachtenserörterung (siehe hiezu oben Seiten 32f) kein Anhaltspunkt für das Vorliegen des angezogenen Nichtigkeitsgrundes gefunden werden. Tatsache ist, dass die 38 Seiten umfassende schriftliche Beantwortung der Fragen der Beklagten und der Drittnebenintervenientin in der Tagsatzung vom 10.11.2010 zum Akt genommen und je eine Ausfertigung den Parteienvertretern ausgefolgt wurde. Den Parteienvertretern war auch bekannt, dass diese Tagsatzung für die Dauer von 13.00 bis 16.00 Uhr vorgesehen war und der Erörterung des schriftlichen Sachverständigengutachtens dienen sollte. Demzufolge durften die Parteienvertreter nicht davon überrascht sein, dass die Beantwortung ihrer umfangreichen Fragenkataloge auch einen entsprechenden Umfang erreichen würde. Unter diesen Umständen erscheint die Vorgangsweise der Erstrichterin, den Parteienvertretern ausreichend Zeit zum Lesen der schriftlichen Fragenbeantwortung zu geben, durchaus vernünftig. Dies gilt in gleicher Weise für den nach 50-minütigem Lesen von der Erstrichterin den Parteienvertretern gemachten Vorschlag, die Fragen mündlich durch den Sachverständigen beantworten zu lassen. Wenn sich unter diesen Umständen die Parteienvertreter auf den Standpunkt zurückgezogen haben,

dass dies nichts bringe, weil sie auch dann im Hinblick auf den komplexen Sachverhalt die Übermittlung des Protokolls zur Stellungnahme zur Fragenbeantwortung beantragen würden, ist dies als ein der Prozessbeschleunigung hinderlicher Verzögerungsversuch anzusehen. Den Parteien ist zwar zuzugestehen, dass es sich um einen komplexen Sachverhalt handelt, doch musste es ihnen bei entsprechender Vorbereitung der Tagsatzung möglich sein, innerhalb der für drei Stunden vorgesehenen Tagsatzung die schriftliche Fragenbeantwortung durch den Sachverständigen detailliert zu erfassen und entsprechende Aufklärungen durch ihn zu verlangen. Dass ihnen das durchaus möglich war, ergibt sich daraus, dass über ihre Fragen auf sechs Seiten des Protokolls eine Erörterung durch den Sachverständigen erfolgte. Hinzu kommt noch, dass die Parteienvertreter nach zweieinhalbstündiger Befragung des Sachverständigen erklärten, derzeit keine weiteren Fragen an den Sachverständigen zu haben, aber sie gerne die Gelegenheit hätten, sich die schriftliche Gutachtensergänzung durchzulesen, um allenfalls weitere ergänzende Fragen stellen zu können.

Geht man von diesen Fakten aus, so kann entgegen der Auffassung der Berufungswerberin keine Rede davon sein, dass die Vorgangsweise des Erstgerichts „einer Verweigerung der Stellungnahme zu Beweisergebnissen gleichzusetzen“ sei. Da hiedurch jedenfalls der angezogene Nichtigkeitsgrund nicht verwirklicht wurde, war insoferne die Nichtigkeitsberufung zu verwerfen.

**zu III) Berufung:**

**1) Mängelrüge**

**a) Unmöglichkeit zum Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen**

Unter Bezugnahme auf ihre Argumente in der Nichtigkeitsberufung macht die Berufungswerberin die darin gerügte Vorgangsweise des Erstgerichtes auch als Verfahrensmangel geltend. Die Beklagte sei ihres absoluten Erörterungs- und Fragerechts beraubt worden, da die Fragenbeantwortung weder verlesen noch den Parteien eine angemessene Vorbereitungsmöglichkeit für eine Stellungnahme und für Fragen eingeräumt worden sei. Der Verfahrensmangel sei offenkundig und erheblich, da das Erstgericht seine vom OHG im ersten Rechtsgang abweichende rechtliche Beurteilung im wesentlichen Ergebnis auf das Sachverständigengutachten gründe.

Wie bereits bei Behandlung der Nichtigkeitsberufung ausgeführt wurde, kann ein Verstoß nur unter der Voraussetzung als Verfahrensmangel bedeutsam werden, dass ein Verfahrensgesetz verletzt wurde und die mögliche Kausalität für eine Unrichtigkeit der Entscheidung behauptet und erkennbar ist (Fasching<sup>1</sup> IV 123 f). Der Rechtsmittelwerber muss aber dartun, welche ergänzenden Fragen er noch zu stellen gehabt hätte und inwieweit durch eine mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens allenfalls ein anderes Verfahrensergebnis hätte herbeigeführt werden können (Klauser/Kodek<sup>16</sup> § 357 E 8). Gerade eine solche Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels vermag die Berufungswerberin nicht aufzuzeigen, wobei zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Erwägungen des Berufungsgewichtes bei Behandlung der Nichtigkeitsberufung verwiesen wird. Tatsächlich releviert die Berufungswerberin nur, dass das Erstgericht seine vom OGH im ersten Rechtsgang abweichende rechtliche Beurteilung im Wesentlichen auf das Ergebnis des Sachverständigengutachtens gegründet habe. Damit macht sie aber vermeintliche inhaltliche Feh-

ler des Sachverständigengutachtens geltend, die jedenfalls einen relevanten Verfahrensmangel nicht zu begründen vermögen.

**b) befangener Sachverständiger**

Weiters releviert die Beklagte in ihrer Mängelrüge, dass das angefochtene Urteil auf dem Gutachten eines befangenen Sachverständigen (Gutachten vom 25.5.2010 einschließlich Fragenbeantwortung und Gutachtenserörterung vom 10.11.2010) beruhe, weshalb es als Prozessstoff nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Der „verbundene Rekurs“ gegen den Beschluss, mit dem die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen werde, sei als Teil der Mängelrüge im Rahmen der Berufung zur Geltung zu bringen, weshalb das diesbezügliche Vorbringen hilfsweise zum Rekursvorbringen erhoben werde. Tatsächlich erschöpft sich dieses Rekursvorbringen weitgehend in der Wiederholung der bereits im Ablehnungsantrag ON 124 gegen den Sachverständigen erhobenen, seine angebliche Befangenheit begründenden Umstände. Diesbezüglich wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die kursorisch wiedergegebenen Ausführungen der Ablehnungswerberin (siehe oben Seiten 32/33) verwiesen. Im Wesentlichen versucht die Berufungswerberin unter Zitierung einzelner aus dem Zusammenhang gerissener Passagen des 245 Seiten umfassenden Sachverständigengutachtens Anhaltspunkte dafür zu konstruieren, warum sich der Sachverständige bei Erstattung des Gutachtens nicht von objektiven Gesichtspunkten leiten habe lassen, sondern gegenüber der Beklagten voreingenommen gewesen sei (Seite 3 bis 9 in ON 124 = Seite 5 bis 11 der Berufung).

Gemäß § 355 Abs 1 ZPO können Sachverständige aus den selben Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung

eines Richters berechtigen. Gemäß § 356 Abs 1 ZPO sind gleichzeitig mit der Ablehnung die Gründe der Ablehnung anzugeben. Auch in jenen Fällen, in denen sich der behauptete Ablehnungsgrund erst aus dem erstatteten Gutachten ergeben hat, muss die Ablehnungserklärung bei der ersten möglichen Gelegenheit erfolgen (Klauser/Kodek aaO § 356 ZPO Rz 7). Gegen den Beschluss, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen wird, findet ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt (§ 366 Abs 1 ZPO). Allerdings ist im Berufungsverfahren auch ein Beschluss des Erstgerichts zu überprüfen, mit dem die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen wurde (Klauser/Kodek aaO § 366 E 10).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so wird zunächst auf den Inhalt des den Ablehnungsantrag verwerfenden Beschlusses des Erstgerichtes vom 1.9.2010, ON 125 (siehe oben Seite 33) verwiesen. Darin hat sich das Erstgericht detailliert mit sämtlichen wesentlichen geltend gemachten Ablehnungsgründen auseinandergesetzt und überzeugend begründet, warum es eine Befangenheit des Sachverständigen für nicht vorliegend erachtete. Diesen unter Hinweis auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung begründeten Ausführungen des Erstgerichtes schließt sich das Berufungsgericht vollinhaltlich an (§ 500a ZPO). Ausdrücklich sei daher darauf hingewiesen, dass sich die Vorwürfe der Beklagten gegen den Sachverständigen bei objektiver Betrachtung des Gutachtens in seiner Gesamtheit als bloßer Versuch der Beklagten darstellen, ein für ihren Prozesstandpunkt ungünstiges Gutachten durch Erschütterung der Unparteilichkeit des Sachverständigen - und in der Folge auch seiner fachlichen Kompetenz - in Zweifel zu ziehen. Selbst wenn man berück-

sichtigt, dass es sich beim Sachverständigen um einen Rechtsanwalt handelt, manche Formulierungen sicherlich auch anders gewählt werden hätten können und auch fallweise eine Vermischung der Lösung von Tatsachen- und Rechtsfragen erfolgt, vermag auch das Berufungsgericht darin kein zwingendes Indiz für die Befangenheit des Sachverständigen zu erblicken. Auch davon, dass sich der Sachverständige die Rolle des Richters angemaßt habe, kann keine Rede sein. Selbst wenn man diesen Vorwurf der Beklagten bejahte, wäre hiedurch für ihren Standpunkt nichts gewonnen, weil es dem Gericht immer noch freistünde, falsche rechtliche Schlüsse des Sachverständigen nicht zu übernehmen.

Soweit die Berufungswerberin nunmehr erstmals in der Berufung bzw in ihrem „verbundenen Rekurs“ die Befangenheit des Sachverständigen auch auf die Gutachtenserörterung vom 10.11.2010 bezieht, handelt es sich um im Berufungsverfahren unbeachtliche Neuerungen. Im Sinne der herrschenden Rechtsprechung wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, anlässlich der Gutachtenserörterung hervorgekommene Ablehnungsgründe jedenfalls in dieser Tagsatzung zu rügen. Derartiges ist aber dem Protokoll dieser Tagsatzung nicht zu entnehmen.

Zusammenfassend folgt aus all diesen Erwägungen, dass auch keine einen relevanten Verfahrensmangel begründende Voreingenommenheit des Sachverständigen vorliegt.

**c) mangelndes Sachwissen des Sachverständigen**

Soweit die Berufungswerber wieder unter Zitierung einzelner Passagen des Sachverständigengutachtens aus dem Zusammenhang einzelne Formulierungen des Sachverständigen dahin interpretiert wissen will, dass dies Ausdruck „fehlenden oder unrichtigen Sachwissens“ sei, das Gutachten

„erhebliche Begründungsmängel und Widersprüchlichkeiten“ aufweise und in Verbindung damit, dass „plakative Formulierungen“ durch vom Sachverständigen geäußerte „Vermutungen untermauert“ würden und deshalb einen relevanten Verfahrensmangel erblickt, weil das Erstgericht „dem unrichtigen, gedanklich nicht nachprüfbaren Gutachten ohne jede sachliche Rechtfertigung und ohne nachvollziehbare Beweiswürdigung gefolgt ist“, vermag ihre Argumentation nicht zu überzeugen. Ebenso wenig wie die bloße Behauptung mangelnder Sachkenntnis zur Ablehnung des Sachverständigen ausreicht (Klauser/Kodek aaO § 355 ZPO E 4), würde ein auf mangelnder Sachkenntnis des Sachverständigen beruhendes Gutachten, dem sich das Erstgericht angeschlossen hat, einen relevanten Verfahrensmangel begründen. Dieser Umstand könnte nur im Rahmen der Beweisrüge bekämpft werden. Im Übrigen sieht sich das Berufungsgericht auch nicht veranlasst, der Anregung der Berufungswerberin zu folgen, ex offio als weiteren Nichtigkeitsgrund iSd § 477 Abs 1 Z 9 ZPO für die auf den Seiten 11 bis 14 der Berufung aufgelisteten angeblichen „Begründungsmängel“ des Gutachtens und des darauf basierenden Ersturteils wahrzunehmen. Dass das angefochtene Urteil nämlich nicht an den behaupteten Begründungsmängeln leidet, wird bei Behandlung der Beweisrüge noch im Detail darzulegen sein. Der hilfsweise angezogene Nichtigkeitsgrund liegt jedenfalls nicht vor (vgl Kodek in Rechberger<sup>3</sup> § 477 ZPO Rz 12).

**d) Verstoß gegen § 417 Abs 2 2.Satz ZPO**

Letztlich vermeint die Berufungswerberin, darin einen erheblichen Verfahrensmangel zu erblicken, dass das Erstgericht entgegen dem Postulat des § 417 Abs 2 zweiter Satz ZPO, wonach die Entscheidungsgründe auch die Tatsa-

chenfeststellungen „in gedrängter Darstellung“ zu enthalten hätten, auf 140 Seiten unzählige Feststellungen getroffen habe, die im Wesentlichen ein Konglomerat aus Rechtsausführungen zum Investmentfondsrecht sowie wortwörtlicher - jedoch aus dem Zusammenhang gerissener - Wiedergabe des Sachverständigengutachtens und der Feststellungen im Strafurteil - in Kursivschrift - darstellten, ohne dass ersichtlich sei, inwiefern die entscheidungswesentliche Faktenlage von den im ersten Rechtsgang getroffenen Feststellungen abweiche. Auch die Ausführungen zum Trennungsprinzip und dem Inhalt eines - nach verfehlter Ansicht - des Erstgerichtes zu erlassenden Bescheides seien keine Feststellungen, sondern der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen.

Richtig ist, dass auch Formfehler des Urteils eine Mangelhaftigkeit begründen können (*Kodek in Rechberger*<sup>3</sup> § 471 ZPO Rz 6). Eine Urteilsbegründung ist mangelhaft, wenn sie nicht den in § 417 vorgeschriebenen Inhalt aufweist. Insoferne ordnet § 417 Absatz 2 ZPO an, dass der Urteilsspruch und die Entscheidungsgründe äußerlich zu sondern sind. Die Entscheidungsgründe haben in gedrängter Darstellung zu enthalten: das wesentliche Vorbringen und die Anträge der Parteien, die Außerstreitstellungen, die Tatsachenfeststellungen, die Beweiswürdigung und die rechtliche Beurteilung. Um relevant zu sein, muss ein solcher Begründungsmangel abstrakt geeignet sein, eine zuverlässige Überprüfung der Entscheidung zu hindern.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so gelingt es der Berufungswerberin nicht einmal ansatzweise, den aufgezeigten Formfehler unter Beweis zu stellen, geschweige denn dessen allfällige Relevanz aufzuzeigen. Ein komplexes Verfahren mit umfangreichen

wesentlichen Beweisergebnissen erfordert auch einen entsprechenden Umfang der zur abschließenden rechtlichen Beurteilung erforderlichen Feststellungen. Ungeachtet dessen, dass diese im vorliegenden Fall 139 Seiten umfassen, hat das Erstgericht durch die übersichtliche Gliederung in 11 Abschnitte mit Überschriften dafür gesorgt, dass ohne nennenswerten Aufwand ein Vergleich dahin möglich ist, welche Teile der im ersten Rechtsgang hinsichtlich der Erstklägerin bzw der zweit- und drittklagenden Partei ergangenen Urteile übernommen bzw ergänzt oder überhaupt neu hinzugefügt wurden. Daher ist eindeutig erkennbar, dass die nunmehrigen Feststellungen in den Abschnitten 2) zu den diversen AMIS-Unternehmen, 3) zu den von der AMIS und AFC vertriebenen Produkten, 6) zum Konzessionsverfahren der PLB AG, 8) zum Konzessionsverfahren der AFC, 10) zu den Investitionen der Kläger und 11) zu den Forderungsanmeldungen der Kläger völlig ident mit den in den im ersten Rechtsgang ergangenen Urteilen getroffenen Feststellungen sind. Dies trifft zum überwiegenden Teil auch auf die zum Abschnitt 7) zur laufenden Aufsicht der BWA/FMA in Bezug auf die AMV (AMIS) getroffenen Feststellungen (Seite 88 bis 98 der Urteilsausfertigung) sowie auf die unter Abschnitt 9) zur laufenden Aufsicht in Bezug auf die AFC getroffenen Feststellungen (Seite 138 bis 152 mit Ausnahme einer zusätzlichen Feststellung auf Seite 86) zu. Entsprechend dem vom OGH in den beiden Aufhebungsbeschlüssen vorgegebenen Inhalt und Umfang des zweiten Rechtsganges wurden die beiden letztgenannten Abschnitte 7) und 9) durch weitere Feststellungen ergänzt sowie die Abschnitte 1) zur BWA und FMA, 4) Grundlagen von Investmentfonds und SICAV sowie 5) zu den Malversationen der Organe der AMV (AMIS

bzw AFC), zum Teil durch auszugsweise Wiedergabe des Strafurteils, zum Teil durch Wiedergabe des Inhalts des Sachverständigengutachtens ergänzt. Entgegen der Auffassung der Berufungswerberin vermag daher die Abfassung insbesondere der Feststellungen des Ersturteils einen relevanten Verfahrensmangel nicht zu begründen, zumal die Berufungswerberin im Rahmen ihrer Ausführungen zur Tatsachen- und Rechtsrüge zeigt, dass sie sehr wohl in der Lage war, die für ihren Prozessstandpunkt vermeintlich ungünstigen Feststellungen zu erkennen und zu bekämpfen.

## **2. Tatsachenrüge**

Soweit die Berufungswerberin eingangs ihrer Tatsachenrüge neuerlich insoferne einen Verstoß des Erstgerichtes gegen § 417 ZPO rügt, weil im angefochtenen Urteil die Tatsachenfeststellungen, die Ausführungen zur Beweiswürdigung und die Darstellung der rechtlichen Beurteilung nicht streng voneinander getrennt worden seien, vermag ihre Argumentation nicht zu überzeugen. Richtig ist, dass die Tatsachenfeststellungen, die Ausführungen zur Beweiswürdigung und die Darstellung der rechtlichen Beurteilung streng voneinander zu trennen sind (vgl RZ 1974/90). Eine Vermengung dieser drei verschiedenen Bereiche der Entscheidungsgründe erschwert sowohl die Anfechtung wie auch die Überprüfung außerordentlich. Finden sich in der rechtlichen Beurteilung eindeutig dem Tatsachenbereich zuzuordnende Ausführungen, sind sie als dislozierte Tatsachenfeststellungen zu behandeln (*Bydlin-ski in Fasching/Konecny<sup>2</sup> III, § 417 Rz 12*). Gemäß § 417 Abs 2 ZPO ist die Beweiswürdigung im Rahmen der Entscheidungsgründe in gedrängter Darstellung auszuführen. Gemäß § 272 Abs 3 ZPO sind die Umstände und Erwägungen, welche für die Überzeugung des Gerichtes maßgebend waren, in der

Begründung der Entscheidung anzugeben. Das Gericht muss in knapper, überprüfbarer und logisch einwandfreier Form darlegen, warum es aufgrund bestimmter Beweisergebnisse oder Verhandlungsergebnisse bestimmte Tatsachen feststellt, damit sowohl die Parteien als auch das Rechtsmittelgericht die Schlüssigkeit seines Werturteils überprüfen können (8 Ob 630/84; 2 Ob 206/99d; vgl auch RIS-Justiz RS0040122). Es muss aber nicht jeder mögliche Umstand erwähnt und auch nicht jede mögliche Erwägung angestellt werden (RIS-Justiz RS0040180; RS0040165). Bei Vorliegen widerstreitender Beweisergebnisse muss nachvollziehbar dargelegt werden, warum bestimmten Beweismitteln gefolgt und anderen kein Beweiswert zugemessen werden konnte (vgl auch *Fasching*, LB<sup>2</sup> Rz 816f).

Dass sich das Erstgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung von diesen Grundsätzen leiten ließ, wird bei detaillierter Behandlung der Tatsachenrüge noch darzulegen sein. Schon jetzt sei aber darauf hingewiesen, dass mit dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen Beweiswürdigung und der unrichtigen Tatsachenfeststellungen die Tatsachenfeststellungen des Ersturteils bekämpft werden; im Gegensatz zur Aktenwidrigkeitsrüge jedoch mit der Darlegung, dass die angegriffenen Feststellungen das Ergebnis einer unrichtigen Würdigung der aufgenommenen Beweise oder einer unrichtigen Anwendung von Erfahrungssätzen oder der Heranziehung unzutreffender Erfahrungssätze seien. Um die Beweiserüge im Sinne der stRsp „gesetzmäßig“ auszuführen, muss der Rechtsmittelwerber angeben (zumindest deutlich zum Ausdruck bringen) a) welche konkrete Feststellung bekämpft wird, b) infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, c) welche Feststellung begehrt wird, d) aufgrund welcher Beweisergeb-

nisse und Erwägungen diese begehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre (*Kodek in Rechberger*<sup>3</sup> § 471 ZPO Rz 8).

Tatsächlich erschöpfen sich die Ausführungen der Berufungswerberin in ihrer Tatsachenrüge darin, die ihrem Prozesstandpunkt zuwiderlaufenden Feststellungen, die das Erstgericht aufgrund des ihm schlüssig und nachvollziehbar erschienenen Sachverständigengutachtens getroffen hat, vor allem deshalb als unrichtig abzutun, weil es ohne jegliche eigenständige Würdigung die Ausführungen des Sachverständigen aus dem Gutachten einschließlich dessen unzulässiger rechtlicher Schlussfolgerungen übernommen und den Organen der Beklagten durch den pauschalen Hinweis auf im Rahmen der Aufsicht gewonnene Erkenntnisse implizit unterstelle, sie hätten diversen im Einzelnen aufgezeigten Auffälligkeiten nachgehen müssen, wodurch in weiterer Folge die klagsgegenständlichen Schäden verhindert worden wären.

**a)** Im Einzelnen erachtet sich die Berufungswerberin zunächst durch folgende im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Vertriebstreuhand getroffene Feststellung für beschwert: „Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass diese Gesetzgebung zumeist betont anbieterfreundlich ausgelegt ist und deshalb hinsichtlich des Anlegerschutzes zumeist nur die Mindestvoraussetzungen der Europäischen Richtlinie ins nationale Recht umsetzt. Im Vergleich zum österreichischen Anlegerschutz bei Investmentfonds bleibt das luxemburgische Regime deutlich zurück, weshalb aus österreichischer Anlegerschutzperspektive Unregelmäßigkeiten bei grenzüberschreitenden luxemburgischen Investmentfonds (SICAV) von Vornherein mit der notwendigen Skepsis zu begegnen ist.“ (Seite 50 der Urteilsausfertigung).

Richtiger Weise hätte das Erstgericht folgende Ersatzfeststellung treffen müssen: „Das luxemburgische Regime betreffend luxemburgische Investmentfonds (SICAV) entspricht der europäischen Vorschriftenlage. Es kann nicht festgestellt werden, dass aus österreichischer Anlegerschutzperspektive luxemburgischen Investmentfonds von vornherein mit Skepsis zu begegnen ist.“

Die Feststellung sei insofern relevant, als das Erstgericht im Zusammenhang mit der bekämpften Feststellung in rechtlicher Hinsicht implizit unterstelle, die Organe der Beklagten hätten in concreto nicht die bei den SICAVs von vornherein erforderliche Skepsis an den Tag gelegt und wären deshalb Hinweisen auf Unregelmäßigkeiten nicht nachgegangen, wodurch es in weiterer Folge zu den klagsgegenständlichen Schäden gekommen sei.

Soweit die Berufungswerberin rügt, die bekämpfte Feststellung sei schon aus dem Blickwinkel des Unionsrechts unhaltbar, denn es sei „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“, so betrifft dieses Argument nicht die gerügte Feststellung, zumal darin ohnehin zugestanden wird, dass ebenso wie das österreichische Recht das luxemburgische Recht - allerdings nur die Mindestvoraussetzungen - der Europäischen Richtlinie ins nationale Recht umgesetzt hat. Entgegen der Auffassung der Berufungswerberin kann dieser Feststellung nicht entnommen werden, dass es bei den luxemburgischen SICAVs häufiger zu Unregelmäßigkeiten komme. Demzufolge muss die Beklagte auch selbst zugestehen, dass ihr mit der bekämpften Feststellung nur implizit unterstellt werde, inwiefern die Aufsichtsbehörde versagt habe. Abgesehen davon, dass es der Berufungswerberin damit nicht gelingt, die Relevanz der begehrten Ersatz-

feststellung nachvollziehbar darzulegen, würde die begehrte Ersatzfeststellung den weiteren Feststellungen, was als ex ante-Verletzung der Aufsichtspflicht zu qualifizieren gewesen sei, widersprechen.

**b)** Als unrichtig bekämpft die Berufungswerberin auch folgende, wortwörtlich auf dem Sachverständigengutachten beruhende Feststellung: „Da AMIS bei der Vermögensverwaltung für individuelle Kunden die Kundengelder allein in ihre eigenen zwei (Dach)Fonds - zuerst TTM, dann AMIS Fonds - veranlagte, lag eine grobe Verletzung des Diversifikationsgebots vor. Dies gilt auch, soweit Anleger gleichzeitig in Teilfonds der zwei SICAV veranlagt waren, weil AMIS die Vermögensverwaltung für beide SICAV durchführte und daher das Abwicklungs- und Verwaltungsrisiko nicht die erforderliche Diversifizierung aufweisen konnte.“ (Seite 55/56 der Urteilsausfertigung).

Statt dessen wird folgende Ersatzfeststellung begehrt: „Es kann nicht festgestellt werden, dass AMIS bei der Vermögensverwaltung für individuelle Kunden das Diversifikationsgebot dadurch verletzt hat, dass die Kundengelder allein in ihre eigenen beiden (Dach-)Fonds - zuerst TTM, dann AMIS Fonds - veranlagte; dies gilt auch, soweit Anleger gleichzeitig in Teilfonds der zwei SICAV veranlagt waren.“

Die Relevanz der begehrten Feststellung erblickt die Berufungswerberin darin, dass das Erstgericht im Zusammenhang mit der bekämpften Feststellung in rechtlicher Hinsicht durch den pauschalen Hinweis auf im Rahmen der Aufsicht gewonnenen Erkenntnisse implizit unterstelle, die Veranlagung der Kundengelder in den eigenen beiden (Dach-)Fonds wäre eine Auffälligkeit gewesen, der die Organe der Aufsichtsbehörde hätten nachgehen müssen,

wodurch in der Folge die klagsgegenständlichen Schäden verhindert worden wären.

Dem ist entgegenzuhalten, dass nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens und insbesondere des Strafverfahrens eindeutig feststeht, dass eine Diversifikation im Endeffekt insofern nicht vorgelegen ist, als eben Abwicklung und Verwaltung immer bei AMIS zusammenliefen. Tatsächlich wird vom Erstgericht nicht nur festgestellt, dass aus Sicht des Anlegers keinesfalls eine hinreichende Streuung vorlag, weil AMIS die Vermögensverwaltung für die beiden Fonds durchführte und sich daher das Abwicklungs- und Verwaltungsrisiko auf AMIS konzentrierte. Die von der Berufungswerberin begehrte Ersatzfeststellung würde ganz eindeutig sämtlichen Beweisergebnissen widersprechen.

**c)** Hier begehrt die Beklagte statt der Feststellung „Vor diesem Hintergrund können die Rückkauf-Malversationen (Redemptions) als praktisch zwangsläufige Folge eines sich von Beginn an abzeichnenden betrügerischen „Pyramidenspiels“ bezeichnet werden“ (Seite 65 der Urteilsausfertigung), die Ersatzfeststellung „Es kann auch vor diesem Hintergrund nicht festgestellt werden, dass sich die Rückkauf-Malversationen (Redemptions) als praktisch zwangsläufige Folge eines sich von Beginn an abzeichnenden betrügerischen „Pyramidenspiels“ dargestellt hätten.“

Auch hier erblickt die Berufungswerberin die Relevanz darin, dass ihr das Erstgericht in rechtlicher Hinsicht durch den pauschalen Hinweis auf im Rahmen der Aufsicht gewonnene Erkenntnisse implizit unterstelle, schon das Geschäftsmodell und die redemptions wären Auffälligkeiten gewesen, denen die Organe der Aufsichtsbehörde zur Verhinderung der Schäden nachgehen hätten müssen.

Entgegen der Auffassung der Berufungswerberin findet

die bekämpfte Feststellung volle beweismäßige Deckung in dem unmittelbar davor auf den Seiten 57 bis 65 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen wesentlichen Sachverhalt aus dem rechtskräftigen Strafurteil. Dass man zu der bekämpften Feststellung nur bei einer ex post-Betrachtung durch die Aufsichtsbehörde käme, wird insbesondere durch die Feststellungen auf Seite 65f der Urteilsausfertigung eindeutig widerlegt. Ein Anlagemodell mit keinem Ausgabeaufschlag, aber doch beträchtlichen Vertriebskosten wirkt schon nach mathematischen Gesichtspunkten ein Verständnisproblem auf, wenn eben nicht - wie hier - die Betriebskosten durch Malversationen finanziert wurden. Dass insoferne der Aufsichtsbehörde schon bei ex ante-Betrachtung ein Aufmerksamkeitsfehler unterlaufen ist, ist durchaus nachvollziehbar und steht im Einklang mit den Erkenntnissen des Sachverständigengutachtens.

**d)** Statt der nach ihrer Auffassung widersprüchlichen Feststellung „Diese Vertriebsprovisionen sind als außerordentlich attraktiv bzw hoch zu bezeichnen, lagen sie doch bereits auf einem Niveau, das den durchschnittlichen branchenüblichen Ausgabeaufschlägen, die seitens der Aktienfonds den Anlegern in Rechnung gestellt werden, entsprachen bzw an die höchsten gezahlten Ausgabeaufschläge nahezu heranreichten.“ (Seite 66 der Urteilsausfertigung), begehrt die Berufungswerberin die Ersatzfeststellung: „Diese Vertriebsprovisionen bewegten sich im Rahmen der Marktüblichkeit.“

Die Relevanz der begehrten Ersatzfeststellung wird wie unter den Punkten b) und c) der Tatsachenrüge darin erblickt, dass der Beklagten implizit unterstellt werde, die Höhe der von AMIS bezahlten Vertriebsprovisionen wäre eine Auffälligkeit gewesen, der die Organe der Aufsichts-

behörde zur Vermeidung von Schäden nachgehen hätten müssen.

Würde man nur die von der Berufungswerberin gewünschte, ausschließlich die Vertriebsprovisionen betreffende Ersatzfeststellung treffen, bliebe deren Relation zu den durchschnittlichen branchenüblichen Ausgabeaufschlägen für Investmentfonds im Verborgenen. Gerade dieser von der Praxis der Mitbewerber erheblich abweichende Unterschied (siehe Gutachten ON 110, Seite 28f), der auch im Strafurteil entsprechend Niederschlag fand (Seite 61 der Urteilsausfertigung), war aber bei ex Ante-Betrachtung ein Umstand, der der Aufsichtsbehörde auffallen hätte müssen. Im Übrigen stünde die Ersatzfeststellung mit der im Folgenden unbekämpft gebliebenen Feststellung im Widerspruch: „Aufgrund dieser attraktiven Provisionsgestaltung war das Franchise-Vertriebssystem sehr erfolgreich. So gelang es AMIS, mehr als 15.000 Kunden mit insgesamt 16.692 Kundendepots zu akquirieren.“ (Seite 66 der Urteilsausfertigung).

**e)** Statt der Feststellungen: „Gegenüber ihren eigenen Mitarbeitern und den Franchise-Partnern verschleierten die AMIS-Verantwortlichen die oben geschilderte, für jeden Börsenkundigen offensichtliche Gebühren-Asymmetrie mit der wahrheitswidrigen Behauptung (Seite 68 der Urteilsausfertigung)...., das AMIS-Gebührenmodell wies also eine offensichtliche Gebühren-Asymmetrie auf, aufgrund derer das AMIS-Geschäftsmodell von Anfang an zum Scheitern verurteilt war, was ein Börsenkundiger leicht hätte erkennen können.“ (Seite 69 der Urteilsausfertigung) begehrt die Berufungswerberin folgende Feststellungen: „Gegenüber ihren eigenen Mitarbeitern und den Franchise-Partnern verschleierten die AMIS-Verantwortlichen

die oben geschilderte Gebühren-Asymmetrie mit der wahrheitswidrigen Behauptung ... Es kann nicht festgestellt werden, dass die Gebühren-Asymmetrie des AMIS-Gebührenmodells offensichtlich war.“.

Auch insoferne erblickt die Berufungswerberin die Relevanz der bekämpften Feststellung darin, dass der Aufsicht implizit unterstellt werde, die Gebühren-Asymmetrie des AMIS-Gebührenmodells wäre eine Auffälligkeit gewesen, der die Organe der Aufsichtsbehörden zur Verhinderung der eingetretenen Schäden nachgehen hätte müssen.

Hier versucht die Berufungswerberin die nach dem Sachverständigengutachten erschließbar für jeden Börsenkundigen „einfach zu erkennende Asymmetrie des AMIS-Gebührenmodells“ (Seite 237 des Gutachtens ON 110) durch den Hinweis zu entkräften, dass es den AMIS-Verantwortlichen gelungen sei, diese Asymmetrie sogar ihren Mitarbeitern und den Franchise-Partnern gegenüber zu „verschleiern“, weshalb dies auch der Aufsichtsbehörde nicht auffallen hätte müssen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass jedenfalls die Aufsichtsorgane der Beklagten als „Börsekundige“ anzusehen sind, denen bei der gebotenen ex ante-Betrachtung die Asymmetrie des AMIS-Gebührenmodells leicht erkennbar gewesen sein musste, weshalb sie dann auch das zu Verschleierungszwecken angewandte „Factoring-System“ hinterfragen hätten müssen. Die Details hiezu ergeben sich einerseits aus dem rechtskräftigen Strafurteil (siehe Seite 62 der Urteilsausfertigung), als auch aus dem schlüssigen und leicht nachvollziehbaren Sachverständigengutachten (Seite 96f, Seite 125, Seite 237, jeweils in ON 110). Daran vermag auch der Hinweis der Berufungswerberin darauf, dass der OGH in der Entscheidung 9 Ob

50/09g das AMIS-System „als ausgeklügelt bzw als besonders raffinierte Umgehungs konstruktion“ qualifiziert hat, nichts zu ändern, zumal eben all die vom Sachverständigen sorgfältig und nachvollziehbar aufgelisteten und vom Erstgericht übernommenen Auffälligkeiten des AMIS-Gebührenmodells bei den Aufsichtsorganen die Alarmglocken schrillen lassen hätten müssen. Für die von der Berufungswerberin begehrten Ersatzfeststellungen fehlt es an jeglicher beweismäßiger Deckung.

**f)** Einen Widerspruch zwischen dem Gutachten ON 110 und der Fragenbeantwortung ON 136 vermeint die Berufungswerberin in folgender Feststellung zu erblicken: „Wenn ein WPDLU Kundengelder auf eigenen Bankkonten entgegennimmt, ist dies geradezu ein klassisches Erkennungsmerkmal, dass das WPDLU sich nicht an das Trennungsgebot hält. Es handelt sich also um ein sehr starkes und eindeutiges Merkmal, das auf diesen Gesetzesverstoß hinweist“ (Seite 74 der Urteilsausfertigung). Mangels Erkennbarkeit der Auffälligkeit der Entgegennahme von Kundengeldern durch AMIS für die Aufsichtsorgane begehrt die Beklagte folgende Ersatzfeststellung: „Wenn ein WPDLU Kundengelder auf eigenen Bankkonten entgegennimmt, ist dies kein Erkennungsmerkmal, dass das WPDLU sich nicht an das Trennungsgebot hält, da es in der Praxis zu rechtlich zulässigen Geldzahlungen von Kunden auf ein Konto des WPDLU kommen kann. Es handelt sich also um kein Merkmal, das auf diesen Gesetzesverstoß hinweist.“

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann von einem Widerspruch der auf das Sachverständigengutachten gegründeten Feststellungen zur Verletzung des Trennungsprinzips keine Rede sein. Die Berufungswerberin übergeht nämlich mit Stillschweigen, dass der Sachverständige bei Beant-

wortung der Frage „Kann es in der Praxis Fälle geben, in welchen Kunden rechtmäßig Gelder auf Konten von WPDLU einzahlen? Wenn ja, welche Fälle sind in diesem Zusammenhang denkbar?“ (Seite 12f in ON 136) ausdrücklich auf die schon auf Seite 67f im Gutachten ON 110 dargelegten Fälle der rechtlich zulässigen Geldzahlungen von Kunden auf ein Konto des WPDLU, die hier aber offensichtlich nicht vorgelegen sind, verwiesen hat. Dass auch den Organen der Beklagten dieser Verstoß aufgefallen ist, ergibt sich aus der unbekämpft gebliebenen Feststellung zur Vor-Ort-Prüfung am 17./18.5.1999, wo unter Punkt 24 als auffällig beanstandet wurde, dass das WPLDU Kundengelder hält (Seite 88 der Urteilsausfertigung). Ebenso unstrittig ist, dass die Beklagte diesen Gesetzesverstoß auch tatsächlich mehrfach erkannt, gerügt und von AMIS dessen Abstellung gefordert hat.

**g)** Als unrichtig bekämpft die Berufungswerberin sämtliche Feststellungen, wonach sich aus dem Wortlaut der Kundenvereinbarung spätestens ab August 2003 klare Anhaltspunkte dafür ergeben hätten, dass das Trennungsprinzip nicht eingehalten worden sei (insbesondere Seite 45f der Urteilsausfertigung). Da solche Auffälligkeiten aus den Kundenakten gerade nicht für die Aufsichtsorgane der Beklagten erkennbar gewesen wären, begehrt sie nachstehende Ersatzfeststellung: „Dass sich in den Kundenakten weder Mitteilungen der Gesellschaften (TTM bzw TFI) noch der Depotbanken finden, die auf die einzelnen Kunden Bezug nehmen würden, ist kein Hinweis darauf, dass die Kundendepotführung durch AMIS selbst bewerkstelligt wurde. Auch die Ausstellung von Bestätigungen („Anlegerzertifikate) durch AMIS und fehlende Hinweise auf ein Bankdepot und ein zugeordnetes Kontokorrentkonto des Kun-

den stellten keine Indizien für das Halten von Kundengeldern durch AMIS dar. Wenn es in der Kundenvereinbarung ab August 2003 hieß, dass der Anleger grundsätzlich nicht im Anteilregister der Gesellschaft eingetragen ist, sondern dies nur im Ausnahmefall auf gesonderten Antrag des Anlegers geschieht, stellt dies keinen Hinweis auf einen Verstoß gegen das Trennungsprinzip dar. Gleiches gilt für den AMIS Funds SICAV.“

Würde man die von der Beklagten gewünschten Ersatzfeststellungen treffen, hieße das, die vom Erstgericht auf Seite 75f der Urteilsausfertigung detailliert festgestellten Auffälligkeiten der Kundenakten und offensichtlichen Verstöße gegen die insbesondere im InvFG festgelegten Grundsätze über die Funktion der Depotbank und ihre große Bedeutung für den Anlegerschutz innerhalb des Investment-Dreiecks zu negieren. Entgegen den Behauptungen der Berufungswerberin hat das Erstgericht genau begründet, auf welche Erfahrungssätze die auf das Sachverständigengutachten gegründeten Feststellungen Bezug nehmen. Insoferne wird auf die schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen (Seite 31f in ON 110) verwiesen. Gerade die Ausstellung von „Anlegerzertifikaten“ durch AMIS im eigenen Namen, also durch eine Nichtbank, stellte ein zwingendes Indiz für die Verletzung der einschlägigen Bestimmungen hinsichtlich der Depotbank dar.

**h)** Als unlogisch bekämpft die Berufungswerberin folgende Feststellung: „Unter Berücksichtigung der überragenden bzw beherrschenden Stellung von AMIS im gesamten Investitionsprozess und der wenig transparenten sowie komplexen Strukturen bestand bei AMIS von Beginn an ein hohes Corporate Governance Risiko, was gleichzeitig

bedeutet, dass ein hohes Malversationsrisiko bestand.“ (Seite 77 der Urteilsausfertigung). Unter Hinweis darauf, dass jeder Vermögensverwalter durch seine Verfügungsvollmacht direkten Zugriff auf das Kundenvermögen und so schon typischer Weise die Möglichkeit habe, Vermögenswerte an sich zu nehmen oder zu halten, begehrt die Beklagte folgende Ersatzfeststellung: „Es bestand auch unter Berücksichtigung der überragenden bzw beherrschenden Stellung von AMIS im gesamten Investitionsprozess und der wenig transparenten sowie komplexen Strukturen bei AMIS von Beginn an kein ungewöhnlich hohes Corporate Governance Risiko und Malversationsrisiko. Es gab daher auch keine Hinweise in dieser Richtung.“

Die Relevanz der bekämpften Feststellung wird in der impliziten Unterstellung erblickt, die Stellung von AMIS im Investitionsprozess und die Strukturen bei AMIS würden Auffälligkeiten darstellen, denen die Organe der Aufsichtsbehörde zur Vermeidung von Schäden nachgehen hätten müssen.

Entgegen der Auffassung der Berufungswerberin findet die angeblich verfehlte Logik des Ersturteils in den detaillierten Ausführungen des Sachverständigengutachtens über „Corporate Governance“, insbesondere in der Vermögensverwaltung (Seite 81f in ON 110), volle Deckung. Im Übrigen übersieht die Beklagte, dass es auch einem Vermögensverwalter untersagt war und ist, Kundengelder zu halten oder auf eigenen Konten entgegenzunehmen; auch hierfür musste bzw muss er sich einer Depotbank bedienen.

**i)** Hier bekämpft die Berufungswerberin die Feststellungen, wonach bei AMIS angesichts der Ausgestaltung der individuellen Vermögensverwaltung ein „offensichtlicher Interessenskonflikt“ bestanden habe, der nicht branchen-

üblich gewesen sei (Seiten 77/78 der Urteilsausfertigung) als alleine auf die unzutreffende Ansicht des Sachverständigen gegründet, der keine Nachweise für die von ihm unterstellte mangelnde Branchenüblichkeit liefern habe können. Insoferne negiert die Berufungswerberin beharrlich den vom Sachverständigen detailliert nachgewiesenen Verstoß von AMIS gegen das Interessenwahrungsgebot der §§ 13 Z 1 und 2 sowie 14 Z 1 und 2 WAG aF, das jedem Wertpapierdienstleister nach § 19 Abs 1 WAG aF und damit auch AMIS auferlegt war. Auch diesbezüglich wird auf die unmissverständlichen und mit zahlreichen Quellenzitaten belegten Ausführungen des Sachverständigen verwiesen (siehe insbesondere Seite 82f in ON 110).

**j)** Als unzutreffend beanstandet die Beklagte die Schlussfolgerungen des Erstgerichts in Bezug auf die Ergebnisse der Vor-Ort-Prüfung 1999: „Bei dieser der BWA bekannten Sachlage war es aus damaliger Sicht sehr wahrscheinlich, ja es drängte sich sogar der Verdacht geradezu auf, dass die AMV nicht nur die Kundengelder auf ihrem eigenen Konto bei der Raiffeisen Landesbank NÖ/Wien entgegennahm, sondern auch die Fondsanteile im eigenen Namen erwarb und die Kunden daher weder der Fondsgesellschaft noch der Depotbank bekannt waren. Es lagen also eindeutige Anzeichen dafür vor, dass ein latentes Veruntreuungsrisiko bestand, das sich später auch tatsächlich verwirklichte.“ (Seite 110 der Urteilsausfertigung).

Ausgehend von den unbekämpft gebliebenen Feststellungen über die Vor-Ort-Prüfung in den Räumlichkeiten der AMV am 17./18.5.1999 (Seite 88f der Urteilsausfertigung) kann die Argumentation der Berufungswerberin, die in der nachstehenden Ersatzfeststellung gipfelt, nicht nachvollzogen werden. „Es kann nicht festgestellt werden, dass

bei dieser der BWA bekannten Sachlage aus damaliger Sicht bereits Anzeigen auf ein latentes Veruntreuungsrisiko bestanden haben, wie es sich später verwirklicht hat.“ Dem stehen die zahlreichen beanstandeten Umstände entgegen, die sich dahin zusammenfassen lassen, dass AMV auf einem eigenen Konto bei der RLB NÖ/Wien Kundengelder entgegennahm, im eigenen Namen die Kundenveranlagungen in Luxemburg durchführte und daher die Kunden weder bei dem Investmentfonds (nicht im Anteilsregister) noch bei der Depotbank (kein Depotbankkonto) bekannt waren. Auf der Grundlage dieser Fakten (siehe insbesondere Seite 236 im Gutachten ON 110) die begehrte Ersatzfeststellung zu treffen, hieße, die bei der genannten Vor-Ort-Prüfung von den Aufsichtsorganen festgestellten Gesetzesverstöße zu negieren.

**k)** Die von der Berufungswerberin bekämpften „Feststellungen über die Verhinderung des Schadens der Kläger, „wenn die BWA aus Anlass der bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 gewonnenen Erkenntnisse der AMV mit Bescheid bestimmte, im Einzelnen aufgelistete Maßnahmen aufgetragen hätte“ (Seiten 101/102 der Urteilsausfertigung), sind der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen und werden dort zu behandeln sein. Tatsächlich handelt es sich um rechtliche Schlussfolgerungen des Sachverständigen, die vom Erstgericht übernommen wurden, wie die Aufsichtsbehörde auf die anlässlich der genannten Vor-Ort-Prüfung festgestellten Mängel zur Vermeidung der Schäden der Kläger reagieren hätte müssen. Da es sich um rechtliche Schlussfolgerungen handelt, erübrigt es sich darauf einzugehen, ob die von der Berufungswerberin ihrer Ansicht nach zu treffenden „Ersatzfeststellungen“ - auf welcher Grundlage - getroffen hätten werden können.

1) Ausgehend vom unbekämpft festgestellten Inhalt der Schreiben Dris. Neumayer vom 6.6.2001 und vom 1.10.2001 (Seiten 114 bis 116 der Urteilsausfertigung) bekämpft die Beklagte jene Feststellungen, welche schadensverhindernden Schritte die Organe der Aufsichtsbehörde aufgrund dieser Schreiben setzen hätten müssen (Seite 118, 2. Absatz der Urteilsausfertigung). Statt dessen begehrt sie nachstehende Ersatzfeststellung: „Die BWA musste den Angaben des Dr. Neumayer bezüglich der Vertriebsprovisionen schon deshalb nicht weiter nachgehen, da sie den durchschnittlichen branchenüblichen Ausgabeaufschlägen entsprachen bzw an die höchsten gezahlten Ausgabeaufschläge nahezu heranreichten und somit marktkonform waren. Auf die Schreiben des Dr. Neumayer hätten keine Aufsichtsmaßnahmen gegründet werden können, die geeignet gewesen wären, weitere Malversationen und damit weitere Anlegerschäden ab dem Jahr 2002 zu verhindern.“

Unabhängig davon, dass die Organe der Beklagten das erste Schreiben Dris. Neumayer zum Anlass genommen haben, eine Stellungnahme von AMIS einzuholen, und sich festgestelltermaßen mit den unzureichenden und unvollständigen Auskünften zufriedengaben, hat das Erstgericht unbekämpft die Negativfeststellung getroffen, es könne nicht festgestellt werden, dass die BWA auf das zweite Schreiben des Dr. Neumayer (1.10.2001) in irgendeiner Weise reagiert hätte (Seite 117 der Urteilsausfertigung). Soweit die Berufungswerberin vermeint, die BWA habe schon deshalb dem Schreiben des Dr. Neumayer nicht weiter nachgehen müssen, weil die Vertriebsprovisionen „den durchschnittlichen branchenüblichen Ausgabeaufschlägen entsprachen bzw an die höchsten gezahlten Ausgabeaufschläge nahezu heranreichten und somit marktkonform waren“, so entfernt

sie sich von den bereits oben behandelten unbedenklichen, auf das schlüssig und nachvollziehbare Sachverständigen-gutachten gegründeten Feststellungen, wonach eben sehr wohl das Fehlen von Ausgabeaufschlägen und die hohen Vertriebsprovisionen schon Anlass zu Maßnahmen der Aufsichtsbehörde gegeben hätten.

Zusammenfassend übernimmt daher das Berufungsgericht sämtliche erstinstanzlichen Feststellungen - mit Ausnahme jener über den Inhalt eines von der BWA zu erlassenden Bescheides, die möglichen Reaktionen der Beklagten darauf sowie die möglichen Konsequenzen für die Beklagte (Seiten 101/102 der Urteilsausfertigung) - als Ergebnis einer zutreffenden und mit den Erfahrungen des täglichen Geschäftslebens in Einklang stehenden Beweiswürdigung als unbedenklich und für die abschließende rechtliche Beurteilung ausreichend.

### **3.) Rechtsrüge**

#### **a) kein unmittelbarer Schaden iSd § 3 Abs 1 FMABG**

Nach Auffassung der Berufungswerberin bestünden die Ersatzansprüche der Kläger schon deshalb dem Grunde nach nicht zu Recht, weil der Gesetzgeber mit der Novelle zum FMABG, BGBl I 2008/136, in § 3 Abs 1 klargestellt habe, dass für die Organen und Bediensteten der FMA in Vollziehung der in § 2 genannten Bundesgesetzes (insbesondere BBG, WAG, KMG und BörseG) zugefügten Schäden der Bund nach dem AHG nur für solche Schäden hafte, die Rechtsträgern, welche der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen, unmittelbar zugefügt werden. Die Rechtsansicht des Erstgerichtes, wonach diese Bestimmung keine Anwendung finde, sei unrichtig, weil es nicht um das Verhalten von Organen der FMA, sondern der BWA gehe, die von den Klägern vorgeworfenen Handlungen bzw Unterlassungen alle

deutlich vor Oktober 2008 gelegen seien und eine Rückwirkung dieser Bestimmung nicht in Betracht komme.

Dieser Auffassung vermag sich das Berufungsgericht aus folgenden Erwägungen nicht anzuschließen: Gemäß § 28 Abs 9 FMABG ist § 3 leg cit idF BGBl I Nr 33/2005 mit 1.7.2005 in Kraft getreten. Gemäß § 5 ABGB wirken Gesetze nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluss.

Vor diesem Hintergrund argumentiert die Berufungswerberin dahin, dass der OGH in seiner Entscheidung vom 7.3.2006, 1 Ob 257/05h, in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung zur Auslegung gesetzlicher Regelungen ausgesprochen habe, dass dem in der Amtshaftungsnovelle zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers auch für die Rechtslage vor Inkrafttreten des neuen § 3 FMABG entscheidende Bedeutung zukomme, zumal sich auch aus späteren gesetzlichen Regelungen interpretativ ableiten lasse, wie eine bestimmte, schon bisher geltende Rechtslage nach dem Willen des Gesetzgebers zu verstehen war und ist. Richtig ist, dass der OGH in dieser Entscheidung von einer durch § 3 Abs 1 FMABG idF BGBl I 2005/33 „auch zur alten Rechtslage bewirkten Klarstellung“ spricht, doch wird hiedurch für den Standpunkt der Beklagten nichts gewonnen. Diese Aussage bezieht sich nämlich nur darauf, dass Rechtsträger iSd AHG nicht die FMA oder die BWA ist, sondern vielmehr der Bund für das Fehlverhalten der Organe dieser Behörden einzustehen hat. Zur Frage der Haftung gegenüber Dritten nimmt der OGH in dieser Entscheidung nicht Stellung.

Auch durch die von der Berufungswerberin relevierte Entscheidung 9 Ob 50/09g kann ihr Standpunkt nicht gestützt werden. In dieser Entscheidung betraf die Ände-

rung der Gesetzeslage nicht das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen, sondern vielmehr die Geschäftstätigkeit der Anlegerentschädigungseinrichtung nach dem WAG. Es wurde primär festgelegt, dass die Entschädigungseinrichtung in der Form einer Treuhandhaftungsgesellschaft zu betreiben sei. Das habe aber nicht die Konsequenz gehabt, dass die Entschädigungseinrichtung auch in der Vergangenheit als solche Treuhandhaftungsgesellschaft betrieben worden sei, sondern lediglich, dass sie ab dem Inkrafttreten des Gesetzes diese Rechtsform hatte. Ansprüche, die in der Vergangenheit entstanden waren, werden von der nunmehr als Treuhandhaftungsgesellschaft geführten Entschädigungseinrichtung bearbeitet.

Geht man im Sinne obiger Erwägungen aber davon aus, dass § 3 Abs 1 FMABG idF BGBl I 2008/136 keine zeitliche Rückwirkung hat, ergibt sich auch hinsichtlich des Schutzzwecks der Bestimmungen des WAG keine Änderung der Rechtslage. Insoferne hat der OGH bereits im Aufhebungsbeschluss 1 Ob 187/08v klargestellt, dass die Bestimmungen des WAG auch den Individualschutz bezwecken (Seite 41 f in 1 Ob 187/08v).

Der weiteren Behandlung der Rechtsrüge seien folgende Erwägungen vorangestellt:

Entsprechend den Ergänzungsaufträgen des OGH in den Aufhebungsbeschlüssen 1 Ob 187/08v und 1 Ob 232/08m (siehe oben Seiten 15 bis 17) hat das Erstgericht das Beweisverfahren ergänzt und insbesondere die vom OGH vermissten Feststellungen, 1.) wie die „redemptions“ konkret bewerkstelligt wurden, 2.) ob die Investitionen in von verbundenen Gesellschaften emittierte Finanzanlagen erkennbar waren, 3.) wie die Beteiligung an den Luxemburgischen Fonds über einen Treuhänder erfolgte und ob diese

Beteiligungssituation erkennbar war sowie 4.) ob und gegebenenfalls wie auf die Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Neumayer reagiert wurde, nachgeholt. Die insofern verbreiterte Entscheidungsgrundlage wurde vom Erstgericht zusammengefasst dahin beurteilt, dass dann, wenn die BWA die im konkreten Fall gebotenen Maßnahmen gesetzt, das heißt weitere Ermittlungen auf Grund der Ergebnisse der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 durchgeführt und in weiterer Folge einen Bescheid (mit dem vom Sachverständigen vorgeschlagenen Inhalt) erlassen hätte, der Schaden der Kläger zur Gänze verhindert worden wäre (im Detail siehe oben Seiten 40-47).

**b) Kein adäquat kausaler Schaden; fehlender Rechtswidrigkeitszusammenhang**

Nach Auffassung der Berufungswerberin fehle es an den wesentlichen Voraussetzungen für die klägerischen Schadenersatzansprüche, nämlich der adäquaten Verursachung sowie am Rechtswidrigkeitszusammenhang. Nach den zutreffenden Feststellungen des Erstgerichts sei die Aufsichtsbehörde mit Schreiben der AMV vom 20.9.2000 von der Schließung des anlässlich der Vor-Ort-Prüfung 1999 und 2000 beanstandeten Kontos per 15.9.2000 informiert worden und sei die Schließung auch durch Übersendung eines entsprechenden Abschlusskontoauszuges nachgewiesen worden. Zum Zeitpunkt der Investitionen der Erstklägerin (1.11.2003) sowie der zweit- und drittklagenden Partei (ab 1.3.2001) sei das beanstandete Konto längst geschlossen und damit der rechtmäßige Zustand bereits vor den Einzahlungen der Kläger hergestellt gewesen. Wie sich aus dem Strafurteil ergebe, seien die Kundeneinzahlungen zunächst tatsächlich an die Fonds überwiesen worden, in weiterer Folge hätten jedoch Mag. Böhmer und Loidl

Fondsvermögen durch Anteilsrückkäufe („redemptions“) entnommen, und zwar nicht nur in Höhe der den Kundendepots angelasteten und somit den Kunden bekanntgegebenen Gebühren, sondern mit wesentlich höheren Beträgen. Damit sei klargestellt, dass die zeitweilige Existenz des Treuhandkontos der AMV bei der RLB NÖ/Wien weder in einem adäquat kausalen Zusammenhang mit den - erhebliche Zeit nach Schließung dieses Kontos - erfolgten Investitionen der Kläger, noch mit den für ihren Schaden verantwortlichen Malversationen des seinerzeitigen AMIS-Vorstandes stehe.

Dieser Argumentation kann vor allem deshalb nicht gefolgt werden, weil nach den getroffenen Feststellungen die bloße Löschung des AMV-Kontos bei der RLB NÖ/Wien allein nicht geeignet war, um die Gefahren, die aus der Verletzung des gesetzlich normierten Trennungsprinzips durch das WPDLU AMV (AMIS) entstanden waren, zu beseitigen. Hinzu kommt noch der Umstand, dass der OGH in der Entscheidung 6 Ob 235/09s unter Bezugnahme auf die Entscheidung 9 Ob 50/09g ausdrücklich ausgesprochen hat, dass konzessionswidriges Halten von Kundengeldern oder Finanzinstrumenten die Entschädigerhaftung auslösen kann. Ein unmittelbares verpöntes Halten durch ein WPDLU liege auch dann vor, wenn dieses zunächst vereinbarungsgemäß vorgenommene Veranlagungen (teilweise) wieder rückgängig mache und im Zuge der Veranlagung geschaffene Finanzinstrumente veräußere und selbst den Erlös vereinnahme, anstatt diese Mittel an die Anleger zurückzuführen. Gleiches gelte auch dann, wenn das WPDLU bzw seine Organe so Einfluss auf einen Dritten nehmen, dass Zahlungen nicht widmungsgemäß einem Wertpapierverrechnungskonto der Anleger gutgeschrieben oder an diese abgeführt, sondern einem Dritten zugeführt werden.

Demzufolge ist das Argument der Berufungswerberin, sie hätte sich mit der Schließung des einen von ihr entdeckten, grob rechtswidrigen Kontos, auf das Kundengelder direkt an das WPDLU eingezahlt worden seien, begnügen dürfen, nicht stichhältig. Dies um so mehr, als ihr in der Folge mit den beiden Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Neumayer Mitte 2001 - wenn auch nur mehr für die Investition der Erstklägerin - am 1.11.2003 unmittelbar relevant - die einfach zu erkennende Asymmetrie des AMIS-Gebührenmodells vor Augen geführt wurde. Bei korrekter Vorgehensweise hätte die Behörde hier geeignete Gegenmaßnahmen ergreifen müssen. Das Unterlassen solcher Gegenmaßnahmen ist aber zweifellos als rechtswidrige Unterlassung anzusehen, die auch adäquat den bei den Klägern eingetretenen Schaden verursacht hat. Auch der Rechtswidrigkeitszusammenhang ist gegeben, zumal von der Aufsichtsbehörde gegen eine wesentliche Aufsichtspflicht verstoßen wurde, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit alle Anlegerschäden, die durch die AMV (AMIS)-Malversationen entstanden sind, verhindern konnte.

**c) Kein rechtswidriges und schuldhaftes Organverhalten**

Unter diesem Gesichtspunkt unterstellt die Berufungswerberin dem Erstgericht, es hätte bei seiner rechtlichen Beurteilung die Veruntreuungsgefahr zufolge Verletzung des gesetzlichen Trennungsprinzips zu Unrecht in den Vordergrund gestellt. Es vermische in unzulässiger Weise die „Vertriebsebene“ und die „Fondsebene“. Für die Fonds in Luxemburg seien aber die Luxemburger Aufsichtsbehörden zuständig gewesen. Die FMA/BWA hätte weder dafür Sorge zu tragen gehabt, ob Kunden in ein Anteilsregister eingetragen, noch ob diese der Depotbank namentlich

bekannt seien. Von der FMA/BWA sei lediglich zu überprüfen gewesen, ob die AMV die individuelle Vermögensverwaltung gesetzmäßig ausübe, also insbesondere keine Kundengelder entgegennehme. Auf die festgestellte gegenteilige Praxis habe die BWA durch den Auftrag auf Löschung des Kontos bei der RLB NÖ/Wien ordnungsgemäß reagiert. Wenn das Erstgericht trotzdem zur Haftung der Beklagten auf Grund eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens der Aufsichtsbehörde gelange, so beruhe dies auf einer grundlegenden Fehlinterpretation des investmentrechtlichen Trennungsprinzips sowie des Gemeinschaftsrechts. Die BWA wäre nicht verpflichtet gewesen, den vom Erstgericht auf Seite 181 der Urteilsausfertigung als Folge des festgestellten Wegfalls der Konzessionsvoraussetzung gemäß § 20 WAG iSd § 70 Abs 4 BWG vorgesehenen Bescheid „mangels Rechtsgrundlage“ zu erlassen.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Aufsichtsbehörde im Hinblick auf die festgestellten Verdachtsmomente zur Prüfung, ob der Finanzdienstleister AMIS (AMV) die österreichischen gesetzlichen Vorschriften einhielt, verpflichtet war. Die Prüfung der beiden Luxemburgischen Fonds oblag natürlich nicht den österreichischen Aufsichtsbehörden. Diese hätten aber im Hinblick auf die Etablierung der beiden Fonds im Ausland bei genauerer Überprüfung zum Ergebnis kommen müssen, dass sich das gesetzwidrige Halten von Kundengeldern durch AMIS (AMV) allenfalls auch auf den beiden ausländischen Fonds fortsetze. Zu all diesen Erkenntnissen hätte man aber nur kommen können, wenn sich die Aufsichtsbehörde nicht mit der bloßen Löschung des AMV-Kontos bei der RLB NÖ/Wien begnügt hätte.

Entgegen der Auffassung der Berufungswerberin kann

auch keine Rede davon sein, dass das Erstgericht das investmentrechtliche Trennungsprinzip, und zwar konkret die „Vertriebsebene“ und die „Fondsebene“ vermischt hätte. Eine solche „Vermischung“ nahm gerade AMIS vor, in dem sie unter dem Gesichtspunkt des Vertriebs Anlegergelder entgegennahm und sich diese unter dem Gesichtspunkt Fondsebene unrechtmäßig zueignete. Wie die Erstklägerin in ihrer Berufungsbeantwortung plastisch aufzeigt, waren nicht die Einzahlungen auf das Konto bei der RLB NÖ/Wien für den bei den Klägern eingetretenen Schaden kausal, weil die Gelder ja nach Luxemburg weitergeleitet wurden. Vielmehr war das Verhalten der Aufsichtsbehörde im Zusammenhang mit dem RLB NÖ/Wien-Konto schadenskausal, weil eben das Bekanntwerden dieses Kontos und der darauf gehaltenen Anlegergelder im Zusammenhang mit den anderen festgestellten Verdachtsmomenten zu einer eingehenden Prüfung iVm geeigneten aufsichtsrechtlichen Maßnahmen führen hätte müssen. Ob die beiden Luxemburger Fonds dem Gemeinschaftsrecht entsprachen und es zu Unregelmäßigkeiten gekommen ist, kann dahingestellt bleiben. Völlig unbedenklich hat das Erstgericht ja festgestellt, dass auch diese beiden Luxemburger Fonds die gesetzlichen Mindestvoraussetzungen nach EU-Recht erfüllten.

Soweit die Beklagten unter Bezugnahme auf ihre Ausführungen in der Tatsachenrüge (siehe oben Punkt 2.k) neuerlich moniert, dass die Aufsichtsbehörde einen derartigen Bescheid gar nicht erlassen hätte dürfen, weil dies insbesondere ein Eingriff in die Privatautonomie gewesen wäre, setzt sie sich geflissentlich darüber hinweg, dass angesichts der insbesondere bei der Vor-Ort-Prüfung von Mai 1999 festgestellten Gesetzesverstöße durch AMIS (AMV), die eben geeignete Maßnahmen der Aufsichtsbehörde

auslösen hätten müssen, nicht ernstlich ein Verstoß gegen die Privatautonomie geltend gemacht werden kann.

Im Übrigen kann dahingestellt bleiben, ob die BWA auf Grund ihrer Erkenntnisse anlässlich der genannten Vor-Ort-Prüfung zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes bzw zur Gefahrenabwehr den vom Erstgericht auf Grund des Sachverständigengutachtens (Seite 216 f in ON 110) festgestellten Bescheid (Seite 101 f der Urteilsausfertigung) - diese „Feststellungen“ werden vom Berufungsgericht ausdrücklich nicht übernommen - erlassen hätte müssen bzw welche Folgen sich an die Erlassung eines solchen Bescheides geknüpft hätten. Nach den unbedenklichen Ergebnissen des Beweisverfahrens steht jedenfalls fest, dass die von der BWA verfügt und überprüfte Maßnahme der Schließung des AMV-Kontos bei der RLB NÖ/Wien insbesondere zur Vermeidung der bei den Klägern eingetretenen Schäden nicht ausreichte.

#### **d) Vertretbarkeit des Organverhaltens**

Entgegen der Auffassung des Erstgerichtes könne es nicht als unvertretbar angesehen werden, dass die BWA nach den Ergebnissen der Vor-Ort-Prüfung vom 17./18.5.1999 weitere Ermittlungen unterlassen und nicht in weiterer Folge einen Bescheid mit dem festgestellten gebotenen Inhalt erlassen habe. Das Aufsichtsverhalten der Organe der Beklagten sei deshalb als zumindest vertretbar zu qualifizieren gewesen, weil zu bedenken sei, dass vorschnelle oder überzogene Behördenmaßnahmen erst recht zu einem Schaden führen könnten. Die Abwägung des richtigen Organverhaltens im Einzelfall stelle daher oft eine diffizile Gratwanderung dar, bei der auf konträre Interessenlagen Bedacht zu nehmen sei. Zur Unvertretbarkeit des Organhandelns sei das Erstgericht nur als Folge

einer unzulässigen ex post-Betrachtung gekommen. Die in concreto gebotene ex ante-Betrachtung hätte ergeben, dass das den Organen der Beklagten vorgeworfene latente, also verborgene Veruntreuungsrisiko, das weitere behördliche Maßnahmen erforderlich gemacht hätte, jeder Vermögensanlage immanent sei. Im Übrigen seien der Aufsichtsbehörde für die Geschäftsjahre 1999 bis 2003 die Berichte renommierter Wirtschaftsprüfungskanzleien vorgelegen, nämlich der Dritt- und Viertnebenintervenientin, in denen durchwegs die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch AMIS bestätigt worden sei. Weiters sei zu berücksichtigen, dass die BWA im relevanten Zeitpunkt eine neue Behörde gewesen sei, die mit dem WAG ein neues Gesetz zu vollziehen gehabt habe. Höchstgerichtliche Judikatur zum WAG und einschlägige Literatur, die den Organen der Aufsicht bei ihren Entscheidungen eine Orientierungshilfe geboten hätten, seien zum damaligen Zeitpunkt nicht vorgelegen. Das Prüfwesen habe sich im Aufbau befunden. Daher habe sich das Halten von Kundengeldern keineswegs in jener Klarheit dargestellt, wie sie das Erstgericht im angefochtenen Urteil aus jetziger Sicht annehme.

Dieser Argumentation vermag sich das Berufungsgericht aus folgenden Erwägungen nicht anzuschließen:

Nach ständiger Rechtsprechung ist im Amtshaftungsprozess nicht wie in einem Rechtsmittelverfahren zu prüfen, ob das zu beurteilende Organverhalten richtig war, sondern ob das Verhalten auf einer bei pflichtgemäßer Überlegung vertretbaren Gesetzesauslegung oder Rechtsanwendung beruhte; nur die Abweichung von einer klaren Gesetzeslage oder einhelligen Rechtsprechung, die nicht erkennen lässt, dass sie auf einer sorgfältigen Überlegung beruht, ist regelmäßig als Verschulden anzusehen

(1 Ob 98/00v uva).

Im Einklang mit diesen Grundsätzen hat das Erstgericht insbesondere auf der Grundlage des eingeholten Sachverständigengutachtens Folgendes festgestellt:

Daraus folgt, dass die Organe der Beklagten bei der in concreto gebotenen ex-ante-Betrachtung durch die Nichtvornahme weiterer Ermittlungshandlungen auf Grund der Ergebnisse der Vor-Ort-Prüfung vom 17./18.5.1999 (mit Ausnahme der unzureichenden Verfügung der Löschung des AMV-Kontos bei der RLB NÖ/Wien) und daraus zwingend ableitbarer aufsichtsrechtlicher Maßnahmen gegen die Aufsichtspflichten der BWA verstoßen hat. Hätte sich die BWA pflichtgemäß verhalten, dann hätte sie durch die vorzunehmenden aufsichtsrechtlichen Maßnahmen (beispielsweise des vom Sachverständigen in Bescheidform vorgeschlagenen Inhalts) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Anlegerschäden, die ab Jänner 2000 durch die AMV (AMIS)-Malversationen entstanden sind, verhindern können.

Hinzu kommt noch, dass die BWA auf die beiden Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Neumayer Mitte 2001 nicht reagiert hat, obwohl er die BWA deutlich auf die einfach zu erkennende Asymmetrie des AMIS-Gebührenmodells hingewiesen hatte. Die BWA ging diesen eindeutigen Hinweisen, wonach es insbesondere unklar sei, wie AMIS die hohen Vertriebsprovisionen ohne eigenen Ausgabeaufschlag finanzieren könne, wobei er auch auf Unklarheiten bezüglich des Verbleibs von Kundengeldern hinwies, pflichtwidrig nicht nach. Hätte sie ihrer Aufsichtspflicht Genüge getan, dann hätte sie im Rahmen einer anzuordnenden Sonderprüfung über die Geschäftsgebarung von AMV (AMIS) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das malversive redemptions-System aufdecken und die Anlegerschäden

ab Anfang 2002 verhindern können.

Diese jeweils bis zur Einsetzung des Regierungskommissärs am 31.8.2005 andauernde pflichtwidrige Untätigkeit der Aufsichtsbehörde kann entgegen der Auffassung der Berufungswerberin nicht ernstlich damit begründet werden, dass es sich bei der BWA um eine „neue Behörde“ gehandelt habe, sich das Prüfwesen „im Aufbau“ befunden habe, „vorschnelle oder überzogene Behördenmaßnahmen erst Recht zu einem Schaden führen können“ bzw jeder Vermögensanlage ein „latentes, also verborgenes Veruntreuungsrisiko immanent sei“.

Aus all diesen Erwägungen hat das Erstgericht daher ohne Rechtsirrtum erkannt, dass die pflichtwidrigen und unvertretbaren Unterlassungen der BWA für den den Klägern entstandenen Schaden (Vermögensverlust) adäquat kausal waren.

**e) verfehlte Fassung des Feststellungsbegehrens im Urteilsspruch Punkt I) und II)**

Letztlich macht die Berufungswerberin geltend, dass die Urteilssprüche Punkt I.) und II.) insofern verfehlt seien, als **pauschal** auf die angebliche Verletzung von Aufsichts- und Prüfpflichten durch Organe der BWA und FMA Bezug genommen werde. Auch sei der Urteilsspruch Punkt I.) insoferne unrichtig, als damit die Haftung der Beklagten gegenüber der Erstklägerin auch für einen Schaden festgestellt werde, der dieser „noch entstehen wird“.

Hiezu hat der OGH in dem die Erstklägerin betreffenden Aufhebungsbeschluss 1 Ob 187/08v zur Fassung des Feststellungsurteils Folgendes klargestellt: Es ist nicht erforderlich, im Rahmen des Feststellungsausspruchs im Einzelnen anzugeben, welche in der Zukunft allenfalls zu erwartenden Zahlungen an die Erstklägerin „schadensmin-

dernd“ zu berücksichtigen sein werden. Da die Klägerin ihr Begehren auf einen bereits eingetretenen Schaden stütze, der allerdings der Höhe nach noch nicht abschließend beurteilt werden könne, gehe es einerseits um einen aktuellen Schaden, sodass auch der Urteilsspruch nicht auf „künftige Schäden“ verweisen dürfe, weil andernfalls bereits eingetretene Schäden davon nicht erfasst wären. **Andererseits liege eben ein endgültiger Schaden insoweit nicht vor, als die Erstklägerin in Zukunft noch in Verbindung mit ihrer Vermögensanlage Zahlungen erhalten werde; insoweit seien allenfalls Verzögerungsschäden denkbar.** Da Zweck eines Feststellungsprozesses ein bindendes Absprechen darüber sei, ob und wodurch die Organe des beklagten Rechtsträgers ein (allenfalls) amtshafungsbegründendes Verhalten gesetzt haben, könne die **Feststellung konkreter Fehlleistungen der Aufsichtsbehörden**, die für den geltend gemachten Schaden (hier: Verminderung des Fondsvermögens durch unberechtigten Zugriff Dritter) kausal gewesen seien und geschützte Rechtsgüter erfasst hätten, nicht unterbleiben. Die Fassung eines (positiven) Feststellungsurteils werde letztlich davon abhängen, ob die Beklagte für den gesamten Vermögensverlust der Erstklägerin verantwortlich zu machen sei oder nur für einen Teil desselben, was etwa der Fall wäre, wenn das gebotene Aufsichtsverhalten nicht bereits die Kapitalanlage, wohl aber später erfolgte Zugriffe auf das Fondsvermögen verhindert hätte. Sollte sich ergeben, dass die Aufsichtsbehörden auf Grund ausreichender Anhaltspunkte bereits vor der Veranlagungsentscheidung der Erstklägerin zu Maßnahmen verpflichtet gewesen wären, die den rechtswidrigen Zugriff des „AMIS-Managements“ auf das Fondsvermögen verhindert hätten, bestünden auch keine

Bedenken gegen die bloße Bezugnahme auf die der Erstklägerin durch diese Investition entstandenen Schäden, weil ja bei pflichtgemäßem Aufsichtsverhalten die Investition zur Gänze unterblieben wäre. Auf diese Ausführungen nahm der OGH auch in dem die zweit- und drittklagende Partei betreffenden Aufhebungsbeschluss 1 Ob 232/08m Bezug.

Im Einklang mit diesen Grundsätzen hat das Erstgericht die konkreten Fehlleistungen der Aufsichtsbehörden, die für die geltend gemachten Schäden der Kläger kausal waren und geschützte Rechtsgüter erfasst haben, in den Pkt I. und II. des Urteilsspruches zutreffend wie folgt formuliert: „Die beklagte Partei haftet der erstklagenden Partei bzw zweit- und drittklagenden Partei für jenen Schaden, der ihnen auf Grund der nicht gehörigen Erfüllung der den Organen der BWA bzw der FMA obliegenden Aufsichts- und Prüfpflichten gegenüber AMIS sowie AFC entstehen.“ Von einem bloß pauschalen Verweis auf die angebliche Verletzung von Aufsichts- und Prüfpflichten durch Organe der BWA und FMA kann daher keine Rede sein.

Weiters hat das Erstgericht auch den weiteren Vorgaben des OGH im zitierten Aufhebungsbeschluss in dem die Erstklägerin betreffenden Pkt I. des Urteilsspruches Rechnung getragen, indem es die Haftung der Beklagten gegenüber der Erstklägerin für Schäden „aus ihren Kapitalanlagen, nämlich der Einzahlung von je EUR 25.000,-- zum Vertrag „AMIS Funds China World Opportunities“, Depot Nr. 932174, und zum Vertrag „AMIS Kombiplan+“, Depot Nr. 932173, Vertragsbeginn je 1.11.2003, abzüglich je EUR 1.873,-- an Auszahlungen aus diesen Verträgen **entstanden ist und noch entstehen wird**“ determiniert hat. Damit wird aber nicht auf „künftige Schäden“, sondern darauf verwiesen, dass insofern noch kein endgültiger Schaden vor-

liege, als die Erstklägerin in Zukunft noch in Verbindung mit ihrer Vermögensanlage Zahlungen erhalten werde und insoweit allenfalls Verzögerungsschäden denkbar sind.

Aus obigen Erwägungen war der Berufung der Beklagten in der Hauptsache ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO, wobei der zweit- und drittklagenden Partei aber nur Kosten auf einer Bemessungsgrundlage von EUR 12.000,-- (ON 17) zuzuerkennen waren.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes gründet sich hinsichtlich beider Verfahren auf § 500 Abs 2 Z 1 ZPO.

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil die in beiden Verfahren zu lösenden Rechtsfragen zur Haftung für mangelhafte Aufsicht über WPDLU über den Einzelfall hinaus für eine große Anzahl geschädigter Anleger relevant sind (§§ 500 Abs 2 Z 3, 502 Abs 1 ZPO).

#### **IV. Kostenrekurs:**

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

Inhaltlich erachtet sich die Erstklägerin nur mehr dadurch für beschwert, dass ihr das Erstgericht für die aufgetragene Urkundenvorlage mit Schriftsatz vom 8.7.2009 (ON 82) nur Kosten nach TP 2 RAT statt richtig nach TP 3 RAT zuerkannt habe.

Mit Beschluss vom 5.3.2009 (ON 61) räumte das Erstgericht den Parteien unter anderem die Möglichkeit ein, im Hinblick auf die Ausführungen des OGH in den beiden Aufhebungsbeschlüssen binnen 14 Tagen allfälliges weiteres Vorbringen zu erstatten und weitere Beweisanträge zu stellen. Diesem Auftrag entsprach die Erstklägerin mit Schriftsatz vom 5.5.2009 (ON 69). In der Tagsatzung vom

25.6.2009 trug das Erstgericht den Klägern bis 10.7.2009 auf, mittels Schriftsatz eine Auflistung jener Urkunden zu übermitteln, die mit dem Vorbringen der Kläger korrespondieren, zu welchem Zeitpunkt welche konkreten Hinweise (auf Malversationen von AMIS/AMV) vorgelegen seien, auf die die FMA bzw BWA reagieren hätte müssen (S 7/8 in ON 78). Mit dem hier relevanten Schriftsatz vom 8.7.2009 (ON 82) listete die Erstklägerin eine Auswahl der für ihren Prozesstandpunkt maßgeblichen Urkunden auf und konkretisierte im Hinblick auf den Aufhebungsbeschluss des OGH vom 28.1.2009, 1 Ob 187/08v, ihr Klagebegehren dahin, dass sie ein neues Hauptbegehren formulierte und erklärte, ihr bisheriges Klagebegehren als Eventualbegehren aufrecht zu erhalten. Gegen die Honorierung dieses Schriftsatzes durch das Erstgericht nach TP 2 RAT führt die Rekurswerberin ins Treffen, dass dieser Schriftsatz aufgetragen gewesen und auch zugelassen worden sei. Seiner Art und seinem Umfang (6 Seiten) nach komme zweifellos TP 3A RAT zur Anwendung, wobei sich die Erstklägerin noch ausdrücklich um Kürze und Straffheit bemüht hätte, um das ohnehin hoch komplexe und bereits mit zahllosen Beilagen aufgeladene Verfahren nicht unnötig zu überfrachten. Auf Grund des Gerichtsauftrags müsse davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um einen für die Stoffsammlung zentralen Schriftsatz des zweiten Rechtsgangs gehandelt habe, der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sei.

Dem ist entgegenzuhalten, dass sich der Auftrag des Erstgerichtes darauf beschränkte, eine Auflistung jener Urkunden zu übermitteln, die mit dem Vorbringen der Erstklägerin korrespondierten, zu welchem Zeitpunkt welche konkreten Hinweise (auf Malversationen von AMIS/AMV) vor-

gelegen seien, auf die die FMA bzw BWA reagieren hätte müssen. Dem zufolge wurde vom Erstgericht kein vorbereitender Schriftsatz iSd § 257 Abs 3 ZPO aufgetragen. Auch Art und Umfang dieses Schriftsatzes vermögen seine Honorierung nach TP 3A RAT nicht zu rechtfertigen. Vielmehr kommt nur seine Honorierung iSd Auffangtatbestandes des TP 2.I.1.e RAT in Frage (vgl Obermaier, Kostenhandbuch<sup>2</sup> Rz 672 mwN). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Erstklägerin in diesem Schriftsatz auch eine „Konkretisierung“ des Klagebegehrens iSd Aufhebungsbeschlusses des OGH vorgenommen hat, zumal sie diese bereits mit ihrem Schriftsatz ON 69 vornehmen hätte können und müssen.

Zu Recht erachtet sich die Rekurswerberin aber dadurch für beschwert, dass das Erstgericht - selbst unter Berücksichtigung der Nichthonorierung des Fristerstreckungsantrages ON 64 sowie der Honorierung der Bekanntgabe ON 91 und des Schriftsatzes ON 118 nur nach TP 1 RAT - die Kosten der Beklagten für den ersten und zweiten Rechtsgang unrichtig mit EUR 63.201,42 (darin enthalten EUR 5.221,78 USt und EUR 31.870,72 Barauslagen) bestimmt hat. Tatsächlich belaufen sich die Kosten der Erstklägerin im ersten Rechtsgang auf EUR 24.221,79 (darin enthalten EUR 3.834,93 USt und EUR 1.212,20 Barauslagen). Hinsichtlich der Kosten des zweiten Rechtsganges ist zu berücksichtigen, dass entgegen der Auffassung der Rekurswerberin für die Revisionsbeantwortung ON 59a nur die dort verzeichneten Kosten von EUR 1.986,48 (darin enthalten EUR 331,08 USt), und zwar auch ohne die damals nicht verzeichnete Gebühr ERV EUR 1,80 (vgl 4 Ob 36/05f), zuzuerkennen sind. Dem zufolge errechnen sich die Kosten der Erstklägerin im zweiten Rechtsgang mit EUR

53.912,08 (darin enthalten EUR 3.875,59 USt und EUR 30.658,52 Barauslagen). Der Kostenanspruch der Erstklägerin für das gesamte erstinstanzliche Verfahren beläuft sich daher auf insgesamt EUR 78.133,87 (darin enthalten EUR 7.710,52 USt und EUR 31.870,72 Barauslagen). Die Differenz zu dem vom Erstgericht zuerkannten Kostenbetrag von EUR 63.201,42 in Höhe von EUR 14.926,16 bildet daher die Bemessungsgrundlage für die der Erstklägerin gemäß §§ 43 Abs 2, 51 ZPO nur zustehenden Kosten eines zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung ausreichenden Berichtigungsantrages. Dieser ist nach TP 1 RAT zu honorieren und belaufen sich insofern die Kosten auf EUR 95,47 (darin enthalten EUR 15,91 USt). Im Hinblick auf das geringfügige Obsiegen der Beklagten mit knapp über 5% waren gemäß §§ 43 Abs 2, 51 ZPO auch keine Kosten auf dieser Basis für die Rekursbeantwortung zuzuerkennen.

Oberlandesgericht Wien  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 14, am 2.Mai 2011

**Dr. Ronald Kunst**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG