

Dr. Walter Reichholf

Rechtsanwalt

1090 Wien, Universitätsstraße 6/2

Telefon: +43-(0)1 / 533 40 11

Telefax: +43-(0)1 / 533 40 11 20

e-mail: reichholf@aon.at

UniCredit Bank Austria AG

Konto Nr. 9574602000 BLZ 12000

UID-Nr.: ATU 10525109

Dr. Walter Reichholf, A-1090 Wien, Universitätsstraße 6/2

via webERV als PDF-Anhang

Landesgericht Klagenfurt

J.W. Dobernigstraße 2

9020 Klagenfurt am Wörthersee

GZ: 21 Cg 34/12b

Wien, am 01.02.2013/s1

Klagende Partei:



vertreten durch:

Dr. Walter REICHHOLF, Rechtsanwalt

1090 Wien, Universitätsstraße 6/2

Tel. 533 40 11, Fax: 533 40 11 20

Vollmacht erteilt.

Beklagte Partei:

Insolvenzverwaltungsges.m.b.H., 9020 Klagenfurt, Kardinalschütt 7

als Masseverwalterin

im Konkurs über das Vermögen der Gemeinschuldnerin

AvW Gruppe AG, GZ 41 S 65/10x des LG Klagenfurt

vertreten durch:

Dr. Gerhard BRANDL, Rechtsanwalt

9020 Klagenfurt Kardinalschütt 7

wegen:

Feststellung

(Streitwert € 30.137,53 s. A.)

REVISIONSBEANTWORTUNG

DZ gem. § 112 ZPO an den BV via webERV.

In Erwiderung der Revision der beklagten Partei vom 17.12.2012 gegen das Berufungsurteil des Oberlandesgerichtes Graz vom 15.11.2012, GZ 2 R 176/12p, im Verfahren 21 Cg 34/12b des Landesgerichtes Klagenfurt erstattet die klagende Partei durch ihren Rechtsvertreter in offener Frist nachstehende

REVISIONSBEANTWORTUNG

an den Obersten Gerichtshof.

I. Zur Zulässigkeit der Revision:

Auch die klagende Partei geht davon aus, dass in diesem Verfahren eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung zu klären und die Revision deswegen im Sinne der Entscheidung des Berufungsgerichtes zuzulassen war, weil eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage der Nachrangigkeit von Schadenersatzansprüchen eines geschädigten Genussscheininhabers gegenüber Drittgläubigern im Insolvenzverfahren der Gesellschaft fehlt. Es stellt sich allerdings im Hinblick darauf, dass die Ausgestaltung von Genussrechtsverhältnissen weitgehend der individualvertraglichen Regelung unterliegt und daher generelle Aussagen nur beschränkt möglich sind, die Frage, ob der Oberste Gerichtshof diese Revision annehmen wird.

II. Zum geltend gemachten Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Der von der beklagten Partei geltend gemachte Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung liegt nicht vor, die Revision ist nicht berechtigt.

In ihrer Revision bekämpft die beklagte Partei wie schon im Berufungsverfahren die geltend gemachte Forderung dem Grunde und der Höhe nach nicht mehr, sondern wendet sich ausschließlich gegen die Qualifikation dieser Forderung als Insolvenzforderung. Dabei beschäftigt sich die beklagte Partei erst in Punkt b. und c. ihrer Revision mit der (im Rahmen eines prozessökonomisch und logisch aufgebauten Prüfungsschemas vorrangigen) Frage, ob die verfahrensgegenständlichen Genussrechte überhaupt eine Mitunternehmerschaft bzw. Eigenkapital im Sinne der einschlägigen Judikatur des Obersten Gerichtshofes begründen. Da sich die in Punkt a. der Revision unter der Überschrift „Zum Vorrang der Kapitalerhaltungsvorschriften“ behandelten Fragen von vornherein nicht mehr stellen, wenn man – wie

das Berufungsgericht und auch schon das Erstgericht – das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft zutreffend verneint, geht die klagende Partei in ihrer Revisionsbeantwortung zunächst auf die in den Punkten b. und c. vorgetragenen (verfehlten) Argumente ein und erst dann auf die von der beklagten Partei in Punkt a. der Revision erörterten Rechtsfragen.

1. Zu Punkt b. und c. der Revision: Kein Vorliegen einer Mitunternehmerschaft:

(„Genussrechte als (a)typische stille Gesellschaft und in weiterer Folge Mitunternehmerschaft bzw. Genussrechte mit Eigenkapitalcharakter“)

Wie bereits das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, gibt es mehrere Anspruchsgrundlagen für die von der Klägerin geltend gemachte Schadenersatzforderung, nämlich

- Prospekthaftung nach dem Allgemeinen Zivilrecht
- Haftung wegen Schutzgesetzverletzung (§ 48a ff BörseG iVm § 1311 Satz 2 ABGB)
- Haftung wegen arglistiger Täuschung beim Vertragsabschluss gem. § 874 ABGB

Schon das Erstgericht ist zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass der geltend gemachten Schadenersatzforderung aufgrund aller drei (alternativ) geltend gemachten Anspruchsgrundlagen Berechtigung zukommt. Dem ist die beklagte Partei schon in ihrer Berufung nur insofern entgegen getreten, als sie die Ansicht vertreten hat, dass der Schadenersatzforderung, soweit sie sich auf die beiden erstgenannten, unter lit. a) und lit. b) angeführten Anspruchsgrundlagen stützt, deshalb keine Berechtigung zukomme, weil derartigen Schadenersatzansprüchen das Verbot der Einlagenrückgewähr gem. § 52 AktienG, das Verbot des Erwerbes eigener Aktien gem. § 65 AktienG und das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre gem. § 47a AktienG entgegen stünden. Eine Auseinandersetzung mit den in diesem Zusammenhang von der beklagten Partei angestellten Überlegungen käme – wie bereits angeführt - nur dann in Betracht, wenn im gegenständlichen Fall durch den Erwerb von Genussscheinen eine Mitunternehmerschaft begründet worden wäre, die eine Gleichbehandlung des Genussscheininhabers mit einem Aktionär rechtfertigen würde.

Eine Mitunternehmerschaft liegt aber entgegen der Ansicht der beklagten Partei nicht vor:

Die beklagte Partei ist zunächst darauf zu verweisen, dass die der Genussscheininhaberin eingeräumten Genussrechte iSd § 174 Abs 3 AktienG jedenfalls nicht – anders als eine Aktie – mitglied-schaftliche Rechte begründen, sondern sie vielmehr schuldrechtlicher Natur sind und daher reine

Gläubigerrechte begründen (OGH 1 Ob 105/10p). Diese Ansicht teilt auch das Berufungsgericht, das zutreffend auf die im Ergebnis gleichlautende Judikatur des BGH hingewiesen hat, wonach Genussrechte keine gesellschaftlich geprägten Mitgliedschaftsrechte begründen, sondern sich in einem bestimmten, geldwerten Anspruch erschöpfen (II ZR 145/57; II ZR 172/91; II ZR 109/02). Der BGH lehnt sowohl die direkte als auch die analoge Anwendung der Regeln über die stille Gesellschaft auf Genussrechte mit der Begründung ab, es fehle an der Grundvoraussetzung für eine Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Grundrechte an dem personalistischen Zusammenschluss mehrerer Personen zu einer Zweckgemeinschaft; irgendwelche Kontroll- oder Mitwirkungsrechte als Ausdruck einer gesellschaftsrechtlichen Zweckgemeinschaft verkörpern die Genussscheine gerade nicht (II ZR 145/57; WM 1959, S 434f).

Selbst wenn man nicht der angeführten Judikatur des BGH, sondern der in Teilen der österreichischen Lehre vertretenen Ansicht folgte, wonach die Regelungen für die stille Gesellschaft zumindest analog auf Genussrechtsverhältnisse anzuwenden sind (vgl etwa *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 60 ff; *Bauer* in Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 19f), wäre für den Standpunkt der beklagten Partei nichts gewonnen. Auch dann könnte sich nämlich die Frage, ob die Klägerin mit ihren gegenüber der Gemeinschuldnerin bestehenden Schadenersatzansprüchen am Insolvenzverfahren teilnehmen kann, von vornherein nur dann stellen, wenn man die gegenständlichen Genussrechte aufgrund ihrer vertraglichen Ausgestaltung im rechtlichen und wirtschaftlichen Ergebnis einer atypischen stillen Gesellschaft gleichhalten könnte, welche die vom OGH für das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft aufgestellten Voraussetzungen erfüllt. Ist das nicht der Fall, handelt es sich jedenfalls um normale Drittgläubigeransprüche, deren Einordnung als Insolvenzforderung nicht zweifelhaft sein kann.

Eine Mitunternehmerschaft in Gestalt einer atypischen stillen Gesellschaft, mit der allenfalls (vgl aber Punkt 2. dieser Berufungsbeantwortung) ein Verlust der Rechtsstellung als Insolvenzgläubiger verbunden sein könnte, wäre dann indiziert,

- wenn die Genussscheininhaber vertraglich auch an den Verlusten der Gesellschaft beteiligt wären und sie dadurch das Unternehmerrisiko, das für den aus dem Steuerrecht kommenden Tatbestand einer Mitunternehmerschaft grundlegend ist, anteilig mitzutragen hätten, und
- wenn die Genussscheininhaber außerdem im Fall ihres Ausscheidens oder einer Liquidation der Gesellschaft vertraglich an den stillen Reserven und am Firmenwert beteiligt wären (OGH 8 Ob 4/95; 8 Ob 5/95)

Beides ist bei den verfahrensgegenständlichen Genussrechten aufgrund der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Genussscheininhaber in den Genussscheinbedingungen (Beilage ./1) nicht der Fall:

a) **Keine vertragliche Verlustbeteiligung der Genussrechteinhaber**

Die beklagte Partei behauptet auf Seite 8 ihrer Revision fälschlich mit Verweis auf das von ihr eingeholte Gutachten von *Graf/Rüffler*, es wäre in § 4 der Genussscheinbedingungen eine Verlustbeteiligung der Genussrechteinhaber vertraglich vereinbart worden. Das ist deshalb falsch, da dem angeführten Gutachten die Genussscheinbedingungen 1999 für die noch von der AvW Invest AG emittierten Genussscheine zugrunde lagen, die tatsächlich noch eine Verlustbeteiligung vorsahen. Demgegenüber ist in den Genussscheinbedingungen, die den von der Gemeinschuldnerin seit 2001 ausgegebenen Genussscheinen zugrunde liegen, eine solche Verlustbeteiligung nicht mehr vorgesehen. Während in § 4 der Genussschein-Bedingungen 1999 für die „alten“ AvW-Invest-Genussscheine noch von einer Beteiligung an den negativen stillen Reserven und an Verlustvorträgen die Rede war (*„Die Genussrechte nehmen an den offenen Rücklagen (abzüglich allfälliger latenter Steuern), an den positiven und negativen stillen Reserven, am Firmenwert sowie an etwaigen Gewinn- und Verlustvorträgen der Gesellschaft im Verhältnis des nominellen Genussscheinkapitals zum eingezahlten Grundkapital teil“*), ist in § 4 der Genussschein-Bedingungen 2001 der Gemeinschuldnerin ausschließlich nur mehr eine Beteiligung an positiven Werten (offene Rücklagen, stille Reserven, Firmenwert) vorgesehen (vgl Beilage ./1). Alle diese drei in § 4 aufgezählten Werte sind aufgrund ihrer Definition und Berechnung (vgl Punkt 6.1. der Klage) ausschließlich positive Größen. Ebenso ist in § 7 der Genussschein-Bedingungen 2001 nur mehr eine Beteiligung am Liquidationsgewinn vorgesehen, wohingegen von einer Verlustbeteiligung keine Rede mehr ist. Damit ist auch der von der beklagten Partei in ihrer Revision auf Seite 8 unten / Seite 9 oben vertretene Ansicht, das Rechtsverhältnis zwischen den Genussscheininhabern und der beklagten Partei sei als atypische stille Gesellschaft zu qualifizieren und ein Konkursteilnahmeanspruch zur Gänze abzulehnen, der Boden entzogen.

b) **Keine Beteiligung von durch Kündigung ausscheidenden Genussscheininhabern an den stillen Reserven und am Firmenwert**

Selbst wenn man zu Unrecht von einer vertraglichen Verlustbeteiligung der Genussscheininhaber ausginge, setzte das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft nach der ständigen Rechtsprechung des OGH (ua 8 Ob 4/95 und 8 Ob 5/95) jedenfalls zusätzlich auch noch voraus, dass

auch eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert vertraglich vereinbart ist. In § 4 der Genussschein-Bedingungen (Beilage ./1/) wird zwar zunächst tatsächlich eine solche Beteiligung vereinbart. Allerdings lässt sich die Gemeinschuldnerin aber sodann in § 8.2. der Bedingungen ab dem 31.12.2004 und somit bereits seit der Zeit vor dem Verkauf der Gewinnscheine an die Klägerin das Recht einräumen, die Genussrechte jährlich ohne Angabe von Gründen zum aktuellen Kurswert rückkaufen zu können. Mit der Ausübung dieses Rechts kann die Gemeinschuldnerin vereiteln, dass die vom Rückkauf betroffenen Anleger ihren Anteil am Firmenwert und an den stillen Reserven erhalten.

Bei den stillen Reserven handelt es sich nämlich um die positive Differenz zwischen den Wertansätzen für die Vermögensgegenstände in der Handelsbilanz, die nach dem Prinzip der kaufmännischen Vorsicht zwingend die historischen Anschaffungskosten als Obergrenze haben, und den in der Regel höheren aktuellen Verkehrswerten dieser Vermögensgegenstände. Beim Firmenwert handelt es sich um die positive Differenz zwischen dem (tatsächlichen oder geschätzten) Kaufpreis für das Unternehmen und dem zu Verkehrswerten bewerteten Reinvermögen. Aus der wirtschaftlichen Natur der stillen Reserven und des Firmenwerts folgt zwangsläufig, dass vertraglich nur dann eine Beteiligung eines ausscheidenden Anlegers an diesen Werten gewährleistet wäre, wenn – wie das bei atypischen stillen Beteiligungen oder Kommanditbeteiligungen regelmäßig der Fall ist - im Fall eines Rückkaufs der Genussrechte eine Auseinandersetzungsbilanz erstellt werden müsste, in welcher die einzelnen Aktiva und Passiva der Gesellschaft und der Gesamtwert des Unternehmens zu Verkehrswerten bewertet und den handelsrechtlichen Bilanzansätzen gegenübergestellt würden. Derartiges ist in § 8.2. der Genussscheinbedingungen aber gerade nicht vorgesehen, da nach dieser Klausel der jeweilige Kurswert der Genussscheine am Verkaufsstichtag maßgeblich ist. Dieser Kurswert bildet jedoch selbstverständlich nicht die stillen Reserven und den Firmenwert ab, sondern die jeweilige Nachfrage nach dem Wertpapier an der Börse, die – wie die Entwicklung der Börsen während des letzten Jahrzehnts nachdrücklich gezeigt hat – vorrangig von ganz anderen Faktoren abhängt. Hinzu kommt, dass die Gemeinschuldnerin das ihr vertraglich eingeräumte Rückkaufsrecht naheliegender Weise wohl zu einem Zeitpunkt ausüben würde, zu dem ein für sie günstiger und damit ein für die Anleger ungünstiger Kurs zu erwarten wäre.

Mit der Ausübung ihres Rückkaufsrechts kann die Gemeinschuldnerin nicht nur verhindern, dass der Anleger seinen Anteil am Firmenwert und an den stillen Reserven jemals realisieren kann, sondern sie nimmt ihm gleichzeitig auch die Möglichkeit, den Zeitpunkt seines Ausstiegs aus der Gesellschaft – wie das ein Aktionär kann – unter Berücksichtigung des jeweiligen

Kurswerts selbst zu bestimmen. Anders gesagt erhält der Anleger also einerseits ein in vollem Umfang dem Kursänderungsrisiko ausgesetztes Wertpapier; andererseits hat er aber nicht einmal die rechtlich Gewähr dafür, den Verkaufszeitpunkt selbst bestimmen zu können.

Die Klägerin verfügte somit – entgegen der mit dem tatsächlichen Inhalt der verfahrensgegenständlichen Genussscheinbedingungen im Widerspruch stehenden Argumentation der ebklagten Partei auf Seite 10 der Revision - aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung ihres Genussrechts nicht über eine Rechtsposition, die es rechtfertigen würde, sie als Mitunternehmerin anzusehen und nunmehr vom Insolvenzverfahren auszuschließen.

Da für die Frage, ob eine Mitunternehmerschaft vorliegt, ausschließlich die vertragliche Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Anleger maßgeblich ist (vgl ua OGH 8 Ob 4/94, 8 Ob 5/95 mit Verweis auf *Straube*, HGB, Rz 22 zu § 178), kann das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft auch nicht damit begründet werden, dass die Gemeinschuldnerin in der Praxis ohnehin nie von ihrem jährlichen Rückkaufsrecht Gebrauch gemacht habe. Rechtlich relevant ist alleine, dass sie die Möglichkeit dazu gehabt hätte.

Die gegenteiligen Argumente der Beklagten auf Seite 8f ihrer Berufung gehen an der Sache vorbei. Dem von ihr ins Treffen geführten Gutachten *Graf/Rüffler* liegen einerseits nicht die verfahrensgegenständlichen Genussscheinbedingungen zugrunde (vgl oben). Andererseits beziehen die Gutachter die Bestimmungen in § 8 der Bedingungen überhaupt nicht in ihre rechtliche Beurteilung ein, obwohl durch sie die in § 4 zunächst vereinbarte Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert für den Fall eines Ausscheidens des Genussrechteinhabers infolge Kündigung wieder zurückgenommen werden. Offenbar haben die Gutachter diese Bestimmungen (bzw ihr Konsequenzen) daher schlicht übersehen.

Es besteht auch nicht, wie die Beklagte noch in ihrer Berufung behauptet hatte, ein Widerspruch zwischen den Regelungen in § 4 und § 8 Abs 2 der Genussschein-Bedingungen, weil in § 4 die grundsätzlichen vermögensrechtlichen Ansprüche der Genussrechteinhaber für den Fall der Beendigung der Gesellschaft geregelt sind, während § 8 Abs 2 eben ausdrücklich eine davon abweichende Regelung für den Fall vorsieht, dass der Genussrechteinhaber von der Gesellschaft gekündigt wird.

Richtig ist zwar, wie die Beklagte auf Seite 10 der Revision anführt, dass das auch den Genussrechteinhabern aufgrund der Entscheidung des OGH zu 1 Ob 105/10p zustehende Kündigungsrecht das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft für sich alleine genommen noch nicht ausschließt. Entscheidend ist

aber, dass der infolge einer Kündigung durch die Gesellschaft oder einer eigenen Kündigung ausscheidende Genusseinhaber nach § 8 Abs 2 der Bedingungen nicht am Firmenwert und an den stillen Reserven beteiligt ist, wodurch keine Mitunternehmerschaft vorliegt (vgl oben).

Im Ergebnis fehlen somit beide Voraussetzungen (Verlustbeteiligung, Beteiligung der ausscheidenden Genusseinhaber an den stillen Reserven und am Firmenwert), die vorliegen müssten, damit man das verfahrensgegenständliche Genusrechtsverhältnis einer atypisch stillen Gesellschaft gleichhalten und infolgedessen vom Vorliegen einer Mitunternehmerschaft ausgehen könnte, wodurch die Schadenersatzforderungen der klagenden Partei in jedem Fall normale Konkursforderungen sind.

2. Zu Punkt a. der Revision: Vorliegen einer Insolvenzforderung gem. § 51 IO selbst im Falle einer Mitunternehmerschaft

(„Zum Vorrang der Kapitalerhaltungsvorschriften“):

Selbst wenn man entgegen den vorstehenden Ausführungen in Punkt 1. dieser Revisionsbeantwortung davon ausgehen würde, dass durch die Genussscheine eine Mitunternehmerschaft begründet wurde, handelt es sich bei der verfahrensgegenständlichen Schadenersatzforderung um eine Insolvenzforderung gem. § 51 IO und nicht um eine nachrangige Forderung gem. § 57a IO, da die Forderung nicht aufgrund des Gesellschaftsvertrages, sondern – wie schon vom Erstgericht ausgeführt wurde – aufgrund der inkriminierten Verhaltensweisen des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Gemeinschuldnerin als Schadenersatzforderungen gegenüber der Gemeinschuldnerin geltend gemacht werden. Dazu wird im Einzelnen ausgeführt:

2.1. Prospekthaftungsansprüche:

Bei den von der Klägerin geltend gemachten Prospekthaftungsansprüchen nach dem allgemeinen Zivilrecht (Punkt 4.1. der Klage) handelt es sich nicht um Ansprüche, welche die Klägerin *causa societatis* geltend macht, sondern um Ansprüche aus der Verletzung von Rechtspflichten, deren Einhaltung dem potenziellen Anleger eine informierte Nachfrageentscheidung ermöglichen soll. Solche Schadenersatzansprüche begründen nach der hL, welcher der OGH in seiner Entscheidung zu 7 Ob 77/10i gefolgt ist, Gläubigerrechte, mit denen der Geschädigte am Insolvenzverfahren selbst dann teilnehmen kann, wenn man die verfahrensgegenständlichen Genussrechte als Mitunternehmerschaft ansähe.

Zwar wurden in dem vom OGH in 7 Ob 77/10i entschiedenen Fall Prospekthaftungsansprüche nach § 11 KMG geltend gemacht. Aus den vom Höchstgericht angeführten Entscheidungsgründen (vgl Punkt II.1.3. der Entscheidung) ergibt sich jedoch, dass nicht nur Schadenersatzansprüche (eines Aktionärs oder Mitunternehmers) nach § 11 KMG Drittgläubigerrechte begründen, sondern schlechthin alle Schadenersatzansprüche aus der Verletzung kapitalmarktrechtlicher Informationsvorschriften, deren Zweck es ist, die Möglichkeit einer informierten Nachfrageentscheidung des Anlegers abzusichern.

Das entspricht der Erwägung, dass Aktionäre oder Mitunternehmer in ihrer Funktion als Eigenkapitalgeber zwar das Risiko eines Scheiterns des Unternehmens zu tragen haben. Sie haben aber nicht das Risiko zu tragen, ungewollt in diese Risikoträgerposition durch eine Anlageentscheidung zu kommen, die sie auf der Grundlage falscher Informationen treffen mussten, wie das bei der Klägerin der Fall war, der die Genussscheine fälschlicherweise als besonders sichere und mit einem Rückgaberecht zum Kurswert ausgestatteten Wertpapiere angepriesen wurden. Beide Zusicherungen stehen mit dem Wesen einer Mitunternehmerschaft im Widerspruch, zu dem die anteilige Tragung des unternehmerischen Risikos gehört. Vereinfacht gesagt stünde also der Klägerin deshalb selbst dann, wenn man nach der vertraglichen Vereinbarung vom Vorliegen einer Mitunternehmerschaft ausginge, eine Insolvenzforderung zu, weil sie über die Begründung einer solchen Mitunternehmerschaft durch falsche Informationen hinweggetäuscht wurde.

Die Prospekthaftung nach dem allgemeinen Zivilrecht baut deshalb in gleicher Weise wie die Prospekthaftung nach § 11 KMG auf der Verletzung von kapitalmarktrechtlichen Pflichten auf, weil beide Haftungsgrundlagen gleichermaßen auf einer Weiterentwicklung der Haftung für culpa in contrahendo beruhen, mit der das Vertrauen des potenziellen Anlegers in diejenigen Informationen geschützt werden soll, die der Emittent dem Anlegerpublikum zur Verfügung stellt, das zwangsläufig auf diese Informationen angewiesen ist, wenn es sich über die vom Emittenten angebotene und von ihm ausgestaltete Veranlagungsmöglichkeit informieren will (dazu OGH 7 Ob 592/90; 6 Ob 585/91; 8 Ob 12/93, 1 Ob 586/94; 6 Ob 2100/96h; 4 Ob 353/98k; 7 Ob 267/02v).

Da es also auch bei der Prospekthaftung nach dem allgemeinen Zivilrecht, welche die Gemeinschuldnerin gegenüber der Klägerin trifft, um die Sanktionierung irreführender oder unrichtiger Anlegerinformationen geht, für welche die „Wissensdifferenz“ zwischen dem Prospekthaft-

pflichtigen und dem Anleger maßgeblich ist (OGH 6 Ob 2100/96h), steht der Klägerin nach der Entscheidung des OGH in 7 Ob 77/10i jedenfalls eine Insolvenzforderung zu.

2.2. Haftung wegen Schutzgesetzverletzung:

Da es sich bei Schadenersatzansprüchen wegen einer Verletzung des § 48c BörseG um Ansprüche aus einer Verletzung kapitalmarktrechtlicher Pflichten handelt (vgl OGH 7 Ob 77/10i), begründen diese Ansprüche ebenso wie Prospekthaftungsansprüche (Punkt 6.2.1.) selbst dann, wenn eine Mitunternehmerschaft vorläge, eine Insolvenzforderung der Klägerin.

Das ergibt sich auch daraus, dass durch eine verbotene Marktmanipulation iSd § 48c BörseG von der Richtlinie 2003/6/EG (Marktmissbrauchsrichtlinie) europarechtlich geschützte Rechtsgüter verletzt werden. Das europarechtliche Erfordernis, einen wirksamen Schutz der Anleger vor manipulierten Börsenkursen und falschen oder irreführenden Informationen zu börsennotierten Wertpapieren zu gewährleisten, die über Medien verbreitet werden, schließt es aus, Ansprüche der durch einen solchen Marktmissbrauch geschädigten Anleger lediglich als nachrangige Forderungen zu behandeln. Dass Schadenersatzansprüche aus der Verletzung europarechtlich geschützter Rechtsgüter nicht lediglich nachrangige Forderungen begründen, lässt sich auch aus der Entscheidung des OGH zu 8 Ob 296/01i ableiten, in der das Höchstgericht am Ende seiner Entscheidungsgründe andeutet, dass seine Entscheidung wohl anders ausgefallen wäre, wenn Bestimmungen des KSchG, KMG oder WAG verletzt worden wären, denen jeweils europarechtliche Richtlinienvorgaben zugrunde liegen (Vertragsklauselrichtlinie, Prospekttrichtlinie, Wertpapierdienstleistungsrichtlinie/MiFID).

2.3. Schadenersatzansprüche nach § 874 ABGB:

Aus der Entscheidung des OGH zu 7 Ob 77/10i folgt auch, dass Anleger, die durch betrügerische Falschinformationen und Manipulationen zum Erwerb der Wertpapiere veranlasst wurden und denen daher – wie der Klägerin (vgl Punkt 4.3. der Klage) – Schadenersatzansprüche nach § 874 ABGB zustehen, mit diesen Ansprüchen am Insolvenz teilnehmen können: Wenn selbst wie im Fall der Prospekthaftung Schadenersatzansprüche wegen einer der Emittentin vorwerfbaren leicht fahrlässigen Verletzung kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten dafür genügen, muss das kraft Größenschluss umso mehr für Schadenersatzansprüche wegen betrügerischer Manipulationen gelten, mit denen eine tatsächlich nie vorhandene werthaltige und sichere Veranlagungsmöglichkeit vorgetäuscht wurde.

Zu den kritischen Ausführungen der Beklagten auf den Seiten 4ff ihrer Revision zur Entscheidung 7 Ob 77/10i ist zunächst anzumerken, dass es sich bei dieser Entscheidung um eine richtungsweisende Grundsatzentscheidung handelt, der sich in der Zwischenzeit auch der 6. Senat des OGH in einer Entscheidung zu 6 Ob 28/12d mit ausführlicher und überzeugender Begründung angeschlossen hat.

Zudem hat der OGH in 6 Ob 28/12d erstmals auch die Verbotstatbestände der §§ 48a ff BörseG (im Einklang mit den Ausführungen der Klägerin in Punkt 4.2. der Klage und der herrschenden Lehre) als Schutzgesetze zugunsten der Anleger angesehen, deren Verletzung zu Schadenersatzansprüchen führt, die Vorrang gegenüber dem Verbot der Einlagenrückgewähr haben, auf das sich die Beklagte in ihrer Klagebeantwortung weiterhin berufen will.

Räumt man aber Schadenersatzansprüchen von Anlegern nach § 11 KMG oder wegen einer Verletzung der Verbotstatbestände der §§ 48a ff BörseG mit der Begründung Vorrang vor dem Verbot der Einlagenrückgewähr ein, auch ein Aktionär oder Mitunternehmer sei hinsichtlich dieser Schadenersatzansprüche als normaler Drittgläubiger der Gesellschaft anzusehen (OGH 7 Ob 77/10i und 6 Ob 28/12d), müssen solche Schadenersatzansprüche in einem Insolvenzverfahren auch als Insolvenzforderung anzusehen sein. Es ist kein sachlicher Grund erkennbar, warum der geschädigte Anleger gegenüber der (noch) solventen Gesellschaft als normaler Drittgläubiger, gegenüber der insolventen Gesellschaft hingegen wie ein Aktionär bzw Mitunternehmer behandelt werden sollte, obwohl es sich stets um den gleichen Anspruch handelt, nämlich um einen solchen, den der Geschädigte nicht *causa societatis* geltend macht.

Eine unterschiedliche Behandlung wäre nur dann begründbar, wenn man Schadenersatzansprüchen nach § 11 KMG oder wegen einer Verletzung der Verbotstatbestände der §§ 48a ff BörseG lediglich solange Vorrang vor dem Verbot der Einlagenrückgewähr einräumte, als diese Ansprüche aus dem Gewinn und den freien Rücklagen der Gesellschaft und somit ohne unmittelbare Gefahr einer Schmälerung des Haftungskapitals befriedigt werden können. Diese in Teilen der Lehre vertretene Ansicht hat der OGH in seinen Entscheidungen zu 7 Ob 77/10i und 6 Ob 28/12d aber mit überzeugender Begründung (OGH 7 Ob 77/10i – Punkt II.1.2. der Entscheidungsgründe) dezidiert abgelehnt. Eben weil der Mitunternehmer/Aktionär hinsichtlich dieser Ansprüche wie ein normaler Drittgläubiger auftreten könne, könne es nicht darauf ankommen, ob es zu einer Schmälerung des Drittgläubigern für deren Ansprüche zur Verfügung stehenden Haftungsfonds komme. Demgemäß kann man es geschädigten Anlegern auch nicht

mit dem Argument, das führte zu einer Schmälerung der den Drittgläubigern zur Verfügung stehenden Konkursmasse, verwehren, mit solchen Forderung am Insolvenzverfahren teilzunehmen.

2.4. Rechtsansicht des Berufungsgerichtes:

Das Berufungsgericht hat ausführlich und überzeugend dargelegt, dass das von der Klägerin für den Erwerb der Genussscheine aufgewendete und der Schuldnerin zugekommene Kapital keinen eigenkapitalersetzenden Charakter hat. Die Klägerin kann nämlich nicht einem Aktionär gleichgestellt werden, weil sie als Genussscheininhaber nur Anteil an dem von der Schuldnerin eingesammelten Anlagekapital hatte; in diesem Zusammenhang verweist das Berufungsgericht zutreffend auf die §§ 8, 9 Abs 1 und 15 Beteiligungsfondsgesetz.

Weiters hat das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beteiligung der Klägerin am Vermögen der Schuldnerin nicht die Voraussetzungen, die das Bundesgesetz über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen (EKEG) für eigenkapitalersetzende Leistungen vorsehe, erfülle. Auch existiere in Österreich keine gesetzliche Grundlage für die Ungleichbehandlung eines Schadenersatzanspruches des Anlegers gegenüber Drittklägern; dies im Unterschied zum US-amerikanischen Kapitalmarktrecht und der Rechtslage nach deutschem Recht.

2.5. Literaturmeinungen:

Told, GES 2012, 333 ist im Rahmen ihrer systematischen und gründlichen Auseinandersetzung mit den rechtlichen Rahmenbedingungen der Befriedigung von Prospekthaftungsansprüchen in der Insolvenz unter Berücksichtigung der Entscheidungen 7 Ob 77/10i und 6 Ob 28/12d zu folgenden Ergebnissen gelangt:

1. Die Nachrangigkeit von Forderungen in der Insolvenz ergibt sich aus einer entsprechenden Vereinbarung oder aus dem Gesetz. Darüber hinaus ist eine solche grundsätzlich nicht anzunehmen.
2. Mit Blick auf das EKEG und § 57a Abs 1 IO stellt es keinen zwingenden Wertungswiderspruch dar, wenn Forderungen in der Insolvenz nachrangig behandelt werden, obwohl sie vorher unbeschränkt geltend gemacht werden können. Dies muss jedoch vereinbart oder eben gesetzlich angeordnet sein.

3. Eine analoge Anwendung von § 57a Abs 1 IO auf Prospekthaftungsansprüche scheidet mangels Analogiebasis aus.
4. Eine etwaige aus der Gesellschafterstellung in der Insolvenz hervortretende Letztverantwortung der Gesellschafter tangiert Prospekthaftungsansprüche nicht und begründet daher auch nicht deren Nachrangigkeit. Die gegenteilige Annahme würde den Entscheidungen des OGH in 7 Ob 77/10i und 6 Ob 28/12d widersprechen.
5. Prospekthaftungsansprüche der Gesellschafter sind in der Insolvenz der Gesellschaft daher nicht nachrangig und somit wie sonstige Insolvenzforderungen zu befriedigen.

Die klagende Partei stellt daher den

A N T R A G,

der Oberste Gerichtshof möge

- ☞ die Revision der beklagten Partei als unzulässig zurückweisen,
- ☞ in eventu der Revision der beklagten Partei keine Folge geben,
- ☞ jedenfalls der beklagten Partei auch den Ersatz der Kosten des Revisionsverfahrens an die klagende Partei zu Handen des Klagevertreters binnen vierzehn Tagen bei Exekution auferlegen.

An Kosten werden verzeichnet:	
Revisionsbeantwortung verfasst TP 3C	€ 932,60
50 % ES	€ 466,30
ERV-Zuschlag gem. §23a RATG	€ 1,80
20 % USt.	€ 280,14
Gesamtsumme:	€ 1.680,84