

RECHTSANWALT
DR. GERHARD BRANDL
9020 Klagenfurt, Kardinalschütt 7
Telefon: (0463) 55 5 77, Fax: (0463) 50 21 91
e-mail: dr.brandl@utanet.at
neue Emailadresse: rechtsanwalt@kanzlei-brandl.at

per WEB-ERV

Landesgericht Klagenfurt

Dobernigstraße 2

9020 Klagenfurt am Wörthersee

21Cg 34/12b

KLAGENDE PARTEI:

[REDACTED]
[REDACTED]

vertreten durch:

Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt,
Universitätsstraße 6/2, 1090 Wien

BEKLAGTE PARTEI:

Insolvenzverwaltungsges.m.b.H.
als MV im Konkurs AvW Gruppe AG
Kardinalschütt 7, 9020 Klagenfurt am Wörthersee

vertreten durch:

RECHTSANWALT
Dr. Gerhard BRANDL
Kardinalschütt 7, Tel. 55 5 77
9020 Klagenfurt
Konto: BIC: BAWA3303
Konto: BIC: BAWA3303

wegen:

€ 30.137,53 s.A.

BERUFUNG

zweifach

Vollmacht gemäß § 30 (2) ZPO erteilt

In der umseits bezeichneten Rechtssache erhebt die beklagte Partei durch ihren ausgewiesenen Vertreter Dr. Gerhard Brandl, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt am Wörthersee gegen das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 19.07.2012, GZ 21 Cg 34/12b, welches dem Beklagtenvertreter am 20.07.2012 zugestellt wurde, binnen offener Frist das Rechtsmittel der

BERUFUNG

an das Oberlandesgericht Graz und ~~an das OLG Wien~~
~~an das OLG Wien~~

Das obgenannte Urteil, mit dem gegenüber der beklagten Partei festgestellt wurde, dass die im Konkurs über das Vermögen der AvW Gruppe AG, 41 S 65/10x, des Landesgerichtes Klagenfurt, von der Klägerin angemeldete Konkursforderung in der Höhe von € 30.137,53 zu Recht besteht, wird in seinem gesamten Umfang angefochten.

Als Berufungsgrund wird unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht.

I. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Ausgehend von den erstgerichtlichen Feststellungen muss jene Rechtsansicht als verfehlt angesehen werden, welche der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegt wurde. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes wäre das Klagebegehren abzuweisen gewesen.

Vorausgeschickt sei, dass nach Ansicht der Berufungswerberin die im Folgenden zitierte höchstgerichtliche Judikatur und Lehre, auch wenn diese sich auf „Aktien“ bezieht, sinngemäß auf die hier verfahrensgegenständliche Genussscheinproblematik anzuwenden ist. Dieser Standpunkt wird auch vom Erstgericht geteilt.

Zu 1. Allgemeine Qualifikation der Klagsforderung:

In den Punkten 1.a) und 1.b) der rechtlichen Beurteilung des angefochtenen Urteils hält das Erstgericht in Anlehnung an höchstgerichtliche Judikatur (OGH 30.3.2011, 7Ob 77/10i und 15.3.2012, 6Ob 28/12d) in verfehlter Rechtsauffassung fest, dass Schadenersatzansprüche wegen Verletzung der Prospekthaftungspflicht nicht die aktienrechtlichen Bestimmungen, wie das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG, das Verbot des Erwerbes eigener Aktien gemäß § 65 AktG und das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre gemäß § 47a AktG entgegenstünden. Diese Prospekthaftungsansprüche hätten deshalb Vorrang, weil der Aktionär bei Befriedigung von Prospekthaftungsansprüchen nicht als Aktionär, sondern wie ein schadenersatzberechtigter Gläubiger behandelt werde. Diese Schadenersatzansprüche würden also gar nicht *causa societatis* geleistet werden sondern sei der Aktionär wie einen Drittgläubiger zu behandeln.

Diese Rechtsmeinung des Erstgerichts ist falsch. Vollkommen unberücksichtigt bleibt nämlich im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts die Tatsache, dass die Entscheidung 7Ob 77/10i von der Lehre heftig kritisiert wird und somit keineswegs als Grundsatzentscheidung für die, in diesem Verfahren zu lösenden Rechtsfragen zwingend heranzuziehen ist. Vor allem angesichts der offenkundigen Defizite der Entscheidungsbegründung, insbesondere auch der Außerachtlassung aktueller Literatur und der darin vorgebrachten Argumente ist die Entscheidung 7Ob 77/10i äußerst kritisch zu betrachten (*Karollus Neues zur Prospekthaftung ÖBA 2011, 450ff*).

Vom Erstgericht außer Acht gelassen wurde auch die Vorjudikatur, die derartige Ersatzansprüche von Eigenkapitalgebern zur Gänze abgelehnt hat (OGH 16.9.1993, 8Ob 12/93; 8.2.1996, 8Ob 39/95; 24.10.200, 4Ob 233/00v).

Der Auffassung der beklagten Partei, wonach im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft das Gesellschaftskapital nicht durch Schadenersatzansprüche einzelner Anleger ausgezehrt werden soll, wäre vom Erstgericht aufzugreifen und auf den

verfahrensgegenständlichen Fall anzuwenden gewesen. Siehe dazu unter anderem die Rechtsansicht von *Karollus Neues zur Prospekthaftung* ÖBA 2011, 452ff.

Zentrale Aussage der Entscheidung 7Ob 77/ 10i ist:

„Die kapitalmarktrechtlichen Normen, deren Anwendbarkeit hier in Frage steht, schützen also die ausdrücklich so bezeichneten (potentiellen) Anleger durch Normierung von ihnen gegenüber einzuhaltenden Verhaltenspflichten und behandeln den Aktionär somit wie einen Drittgläubiger.“

Diese zentrale Aussage der Entscheidung 7Ob 77/10i ist nach Ansicht der Berufungswerberin aus folgenden Überlegungen falsch:

Wie *Karollus* in seinem Beitrag *Neues zur Prospekthaftung* ÖBA 2011, 453f zu Recht ausgeführt hat, handelt es sich bei der angeblichen Drittgläubigerstellung um eine bloße Behauptung, die in der Entscheidung 7Ob 77/10i nicht näher begründet wurde. Weiters kritisiert *Karollus* an dieser Entscheidung, dass damit von einer langjährigen Rechtstradition im Gesellschaftsrecht abgewichen wurde, und zwar von einer Rechtstradition, die genau derartige Folgen verhindern wollte. Als Argument hierfür sei auf *Karollus* Nochmals: Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG ZFR 2010, 52ff verwiesen. In diesem Aufsatz legt *Karollus* dar, dass sich die durch das Kapitalmarktrecht geregelte Rechtsbeziehung auf den Erwerb und das Halten von Aktien, also auf die Mitgliedschaft und nicht auf eine reine Drittgläubigerstellung bezieht. Ebenso lässt sich ein Wille des Gesetzgebers, dem Aktionär durch den § 11 KMG gegen gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien immun gestellte Ansprüche zu verschaffen, nicht erkennen (*Karollus* Nochmals: Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG ZFR 2010, 52).

Selbst *Rüffler* (Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – eine schwierige Beziehung ÖBA 2011, 699) definiert das Kapitalmarktrecht wie folgt: „*Das Kapitalmarktrecht ist also „Marktrecht“. Sein Ziel ist nicht der Schutz von Individuen, sondern im*

volkswirtschaftlichen Interesse einen möglichst effizient funktionierenden Markt zu gewährleisten, in dem zu den geringstmöglichen volkswirtschaftlichen Kosten Unternehmen mit Kapital versorgt werden.“

Bei richtiger Rechtsauffassung hätte das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass Genussscheininhabern keine Drittgläubigerstellung zukommt. Die Schadenersatzansprüche der Genussscheininhaber sind daher gegenüber den Ansprüchen der sonstigen Gesellschaftsgläubiger nachrangig.

Unabhängig davon, dass die zentrale Aussage der Entscheidung 7Ob 77/10i mit einer langjährigen Rechtstradition bricht und im Widerspruch zu gewichtigen Lehrmeinungen steht (was vom Erstgericht unbeachtet blieb), wurde in der angefochtenen Entscheidung verabsäumt, jene Argumente zu würdigen die dafür sprechen, dass den Grundsätzen der Kapitalerhaltung Vorrang gegenüber kapitalmarktrechtlichen Schadenersatzansprüchen zukommt.

Dabei handelt es sich im Wesentlichen um folgende Argumente:

➤ Zum Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG:

Ausgehend von der Entscheidung 7Ob 77/10i vertritt der OGH den Standpunkt, dass unter anderem § 11 KMG ein Recht schafft, welches Gläubigerrechten näher stünde als Aktionärsrechten; Weiters würde das Verbandsmitglied im Gesellschaftsrecht als Risikoträger angesehen, dessen Interessen hinter jenen der Drittgläubiger nachrangig seien. Die von schadenersatzberechtigten Gläubigern erhobenen Prospekthaftungsansprüche und deren Befriedigung würden daher gar keinen Tatbestand der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG darstellen, weil sie nicht *causa societatis* erfolgen würden.

Dem hält die Berufungswerberin unter Hinweis auf *Gruber* (Prospekthaftung der AG versus Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 73ff) entgegen, dass das KMG

Informationspflichten im vorvertraglichen Stadium zwischen Emittenten und künftigen Vertragspartnern regelt. Diese Informationspflichten können aber nur zwischen künftigen Vertragspartnern bestehen. Das KMG schützt also den Anleger als künftigen Vertragspartner bzw. den künftigen Aktionär als Risikoträger. Solche vorvertraglichen Pflichten können die Aktiengesellschaften jedoch nur gegenüber ihren künftigen Aktionären treffen, nicht aber gegenüber sonstigen Drittgläubigern. Daher kann auch die Sanktion für die Verletzung dieser Aufklärungspflicht nicht dergestalt sein, dass Aktionäre plötzlich wie Drittgläubiger behandelt werden. Denn einem Drittgläubiger kann ein solches Recht keinesfalls zustehen. Der Anspruch des Anlegers folgt unmittelbar aus der fehlerhaft begründeten Mitgliedschaft und handelt es sich somit um einen Anspruch *causa societatis*, der unter das Verbot der Einlagenrückgewähr fällt.

➤ Zur Lehre vom fehlerhaften Verband (Beitritt):

Soweit in der Entscheidung 7Ob 77/10i unter Berufung auf Rüffler damit argumentiert wird, dass die „Lehre vom fehlerhaften Verband (Beitritt)“ der Geltendmachung von kapitalmarktrechtlichen Schadenersatzansprüchen nicht entgegenstehe, hält die Berufungswerberin diesem Standpunkt die Rechtsmeinung von *Gruber* Prospekthaftung der AG versus Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 73ff entgegen. Laut *Gruber* gehört die Lehre vom fehlerhaften Verband für den OGH und den BGH immerhin zum „gesicherten Bestand des Gesellschaftsrechts“. Ein Schadenersatzanspruch aus Prospekthaftung führt zwar zu einer Rückabwicklung *ex nunc*, kollidiert aber insofern mit der Lehre vom fehlerhaften Verband weil der Aktiengesellschaft nachträglich Vermögen zugunsten eines Aktionärs entzogen wird. Da (wie vorstehend dargelegt) der Anspruch des Anlegers gerade in der fehlerhaften Begründung der Mitgliedschaft entstanden ist, wird insofern ein Widerspruch erzeugt, wenn man vermeint, die Lehre vom fehlerhaften Verband sei nicht anwendbar weil das KMG die Anleger wie einen Drittgläubiger behandeln würde.

In Punkt II.1.1 der Entscheidung 7Ob 77/10i wird ausdrücklich festgehalten, dass die Berechtigung des Begehrens auf Schadenersatz wegen Verletzung der Prospektpflicht (§ 11 KMG) oder sekundärmarktrechtlicher Informationspflichten (zB § 48d BörseG) grundsätzlich davon abhängen würde, ob diesem Begehren aktienrechtliche Bestimmungen wie beispielsweise § 52 (Verbot der Einlagenrückgewähr), § 65 (Verbot des Erwerbs eigener Aktien) und § 47a AktG (Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre) entgegenstünden.

Aus von der Berufungswerberin vorstehend aufgezeigten Argumenten ist jedenfalls zu bejahen, dass diesem Begehren auf Schadenersatz die aktienrechtlichen Bestimmungen entgegenstehen und hätte daher das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass den Kapitalerhaltungsvorschriften Vorrang vor den Schadenersatzansprüchen der Anleger zukommt.

Zu 2. Qualifikation der Klagsforderung nach dem Insolvenzrecht:

Vorab sei an dieser Stelle festgehalten, dass das Erstgericht seine Entscheidung im Wesentlichen auf die Entscheidungen 7Ob 77/10i sowie 6Ob 28/12d des OGH stützt, jedoch zur insolvenzrechtlichen Qualifikation der verfahrensgegenständlichen Ansprüche keinerlei höchstgerichtliche Judikatur existiert.

In Punkt 2. der rechtlichen Beurteilung des angefochtenen Urteils vermeint das Erstgericht in unrichtiger Rechtsauffassung, es würde sich bei den von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzansprüchen um eine Insolvenzforderung gemäß § 51 IO handeln.

Fälschlicherweise vertritt das Erstgericht den Standpunkt, dass die verfahrensgegenständlichen Genussscheine keine mitgliedschaftlichen Rechte und auch keine Mitunternehmerschaft begründen würden.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Erstgericht jedoch anhand der

vertraglichen Ausgestaltung der Genussrechte, wie diese vom Gericht auf den Seiten 7 und 8 des Urteils festgestellt wurde, zu dem Ergebnis kommen müssen, dass diese den Genussscheininhabern eine Rechtsposition verleiht, die als Mitunternehmerschaft zu qualifizieren ist und ein Konkurssteilnahmeanspruch nicht besteht.

Denn bei den verfahrensgegenständlichen Genussscheinen liegt nicht nur das Merkmal der Beteiligung am Gewinn (§ 4 Genussscheinbedingungen, siehe Feststellung Seite 7 des Urteils) sowie am Liquidationserlös (§ 7 Genussscheinbedingungen) vor, sondern ist die im § 4 Genussscheinbedingungen geregelte allgemeine Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft auch als vereinbarte Verlustteilnahme anzusehen (Gutachten *Graf/Rüffler* S 2ff). Daraus ergibt sich, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Genussscheininhabern und der beklagten Partei als atypische stille Gesellschaft zu qualifizieren ist.

Die konkursrechtliche Stellung von atypischen stillen Gesellschaftern, somit die Stellung der Genussscheininhaber, wurde in der österreichischen Judikatur in den WEB-Verfahren behandelt (OGH 28.9.1995, 8Ob 4, 5/95, SZ 68/195; 21.12.1995, 8Ob 7/95; 8Ob 39/95; 24.7.1996, 8Ob 2124/96b; vgl auch RIS-Justiz RS00752020 und RIS-Justiz RS0062141). In diesen Verfahren wurde vom OGH ein Konkurssteilnahmeanspruch zur Gänze abgelehnt, da sich aufgrund der Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert eine Stellung als Mitunternehmer ergibt.

Unrichtig ist in diesem Zusammenhang auch die Auffassung des Erstgerichts es gäbe bezogen auf die Genussscheinbedingungen für die Anwendbarkeit des § 915 ABGB keinen Anhaltspunkt. Wenn nämlich die Gemeinschuldnerin in den Genussscheinbedingungen den Genussscheininhabern einerseits eine Beteiligung am Liquidationserlös sowie an den stillen Reserven und am Firmenwert verbriefte und andererseits sich ein jederzeitiges Rückkaufsrecht vorbehielt, wäre dieser Widerspruch vom Erstgericht jedenfalls als undeutliche Äußerung iSd § 915 ABGB zu werten gewesen. Da gemäß § 915 ABGB undeutliche Äußerungen zum Nachteil desjenigen

auszulegen sind, der sich derselben bedient hat (und die Genussscheinbedingungen ja unbestritten von der Gemeinschuldnerin verfasst wurden) hätte das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass das Rückkaufsrecht der Gemeinschuldnerin nicht rechtswirksam vereinbart wurde. Dies wiederum hätte zur Folge, dass die Genussscheininhaber aufgrund der Beteiligung am Firmenwert und den stillen Reserven als Mitunternehmer zu qualifizieren wären und ihnen daher kein Konkursteilnahmeanspruch zustehen würde.

Der Eigenkapitalcharakter der Genussscheine kann auch unter Berufung auf die Entscheidung 1Ob 105/10p nicht wegargumentiert werden. Zwar hat der OGH den Genussscheininhabern im Rahmen dieser Entscheidung ein außerordentliches sowie ein ordentliches Kündigungsrecht zuerkannt, dem ist jedoch entgegenzusetzen, dass auch die stille Gesellschaft kündbar ist, ohne dass sich dadurch etwas an der Qualifikation der Einlagen als konkursrechtliches Eigenkapital ändern würde. Die konkursrechtliche Eigenkapitalqualifikation resultiert nämlich nicht aus einem Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit, sondern aus der impliziten Nachrangigkeitsabrede, die sich aus der Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert ergibt.

Bezüglich der erstgerichtlichen Behauptung, *„es bestehe überhaupt kein Anhaltspunkt und kein ersichtlicher Grund, diese Schadenersatzforderung im Falle der Insolvenz anders zu qualifizieren, als außerhalb der Insolvenz“* sei an dieser Stelle jedenfalls Punkt 6.2. der Entscheidung 6 Ob 28/12d zitiert:

„Im Übrigen ist mit der Bejahung der Haftung der Gesellschaft für Verstöße gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften über den Rang der daraus resultierenden Ansprüche im Insolvenzfall noch nichts ausgesagt. Darauf kann im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen werden. Teile der Lehre in Deutschland plädieren jedenfalls dafür, nach dem Vorbild des US Bankruptcy Code 11 USC 510b im Falle der Insolvenz die Ansprüche der geschädigten Aktionäre im Sinn des § 39 InsO im Rang hinter die Forderungen der Fremdgäubiger zurücktreten zu lassen (Langenbacher, Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung, ZIP 2005, 239 [243 ff]);

Baums, Haftung wegen Falschinformation des Sekundärmarkts, ZHR 167 [2003] 139 [170]; Brellocks, Publizität und Haftung von Aktiengesellschaften im System des Europäischen Kapitalmarktrechts [2005] 243; Hopt/Voigt, Prospekt- und Kapitalinformationshaftung - Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA, WM 2004, 1801 [1803]; Möllers, Das Verhältnis der Haftung wegen sittenwidriger Schädigung zum gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatz - EM.TV und Comroad, BB 2005, 1637 [1642]).“

Da sich sowohl der 7. Senat als auch der 6. Senat des Obersten Gerichtshofes der deutschen Rechtsprechung sowie der Rechtsprechung der USA im Hinblick auf die Entscheidungen 7Ob 77/10i sowie 6Ob 28/12d angeschlossen hat, wäre die Schadenersatzforderung der klagenden Partei jedenfalls vom Erstgericht im Lichte dieses internationalen Trends als nachrangig zu qualifizieren gewesen.

Aus diesen Gründen hätte das Erstgericht bei richtiger rechtlicher Beurteilung das Klagebegehren abweisen müssen.

II. Berufungsanträge:

Es wird sohin gestellt der

A N T R A G:

Das Oberlandesgericht Graz als Berufungsgericht wolle der Berufung Folge geben und

1. das angefochtene Urteil, allenfalls nach Ergänzung der in I. Instanz gepflogenen Verhandlung abändern und erkennen, dass das Klagebegehren vollinhaltlich abgewiesen werde;

in eventu

2. das angefochtene Urteil aufheben und allenfalls die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und Neuschöpfung des Urteils an das Erstgericht zurückverweisen;

jedenfalls

3. der Gegenseite den Ersatz der Kosten des Verfahrens I. Instanz und des Berufungsverfahrens an die beklagte Partei gemäß § 19a RAO zu Handen des Beklagtenvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

Mag.MaS./Dr.Br./tu
Klagenfurt, am 2012-09-07



Insolvenzverwaltungsges.m.b.H.
als MV im Konkurs AvW Gruppe AG

An Kosten werden verzeichnet:

BERUFUNG , TP3B	€	777,30
200 % Einheitssatz	€	1.554,60
ERV-Kosten	€	1,80
Zwischensumme	€	<u>2.333,70</u>
20 % Umsatzsteuer von 2.333,70	€	466,74
Zwischensumme	€	<u>2.800,44</u>
Pauschalgebühren	€	1.036,00
Gesamtsumme	€	<u><u>3.836,44</u></u>

