

Dr. Walter Reichholf

1090 Wien, Universitätsstraße 6/2

Rechtsanwalt

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 10.10.2012/s1

Klagende Partei:

[REDACTED]
[REDACTED]

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.)**

BERUFUNGSBEANTWORTUNG

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

In Erwiderung der Berufung der beklagten Partei vom 07.09.2012 gegen das Urteil des LG Klagenfurt vom 19.07.2012, GZ 21 Cg 34/12b, erstattet die klagende Partei durch ihren Rechtsvertreter in offener Frist nachstehende

BERUFUNGSBEANTWORTUNG

an das Oberlandesgericht Graz.

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

Die beklagte Partei bekämpft in ihrer Berufung 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 aber erst in Punkt 2. ihrer Berufung mit der im Rahmen eines prozessökonomisch und logisch aufgebauten Prüfungsschemas vorrangigen Frage, ob die verfahrensgegenständlichen Genussrechte überhaupt eine Mitunternehmerschaft im Sinne der einschlägigen OGH-Judikatur begründen. Da sich die in Punkt 1. der Berufung unter der (missverständlichen) Überschrift „Allgemeine Qualifikation der Klagsforderung“ behandelten Fragen von vornherein nicht mehr stellen, wenn man – wie das Erstgericht – das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft mit Recht verneint, geht die klagende Partei in der Berufungsbeantwortung zunächst auf die in Punkt 2. der Berufung vorgetragenen (verfehlten) Argumenten ein und beschäftigt sich erst dann mit den von der Beklagten in Punkt 1. der Berufung erörterten Rechtsfragen.

<p>1. Zu Punkt 2. der Berufung („Qualifikation der Klagsforderung nach dem Insolvenzrecht“):</p>
--

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

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

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 in ihrer Berufung nur insofern entgegen getreten als sie die Ansicht vertritt, 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 Einlagenrückgewehr 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 kommt daher überhaupt erst 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 – wie eine Aktie – mitgliedschaftliche Rechte begründen, sondern sie vielmehr schuldrechtlicher Natur sind und daher reine Gläubigerrechte begründen (OGH 1 Ob 105/10p).

Obwohl das auf die Einräumung von Genussrechten gerichtete Rechtsgeschäft ein Vertrag sui generis ist (OGH 1 Ob 105/10p), stehen Genussrechte ihrem Zweck nach der stillen Gesellschaft sehr nahe, so dass nach hA 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). Ausgehend davon, dass Genussrechte – wie eingangs dargelegt - keine mitgliedschaftlichen Rechte begründen, kann sich daher die Frage, ob die Klägerin mit ihren gegenüber der Gemeinschuldnerin bestehenden Ansprüchen (vgl Punkt 4 der Klage) 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 behauptet auf Seite 8 der Berufung mit Verweis auf das von ihr eingeholte Gutachten von *Graf/Rüffler*, es wäre eine Verlustbeteiligung der Genussrechteinhaber vertraglich vereinbart worden. Dieses Argument geht jedoch vollständig ins Leere, 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.

Dass die Genussscheininhaber somit seit 2001 nicht mehr an den Verlusten der Gesellschaft vertraglich beteiligt waren, steht auch vollständig im Einklang mit der Präsentation der Wertpapiere in der Öffentlichkeit und gegenüber den einzelnen Anlegern. Nach den Feststellungen des Erstgerichts hatte die Gemeinschuldnerin in den von ihr lancierten Zeitungsberichten zugesichert, dass die Anleger die Genussscheine jederzeit zum Kurswert an die Gesellschaft zurückgeben könnten (Feststellungen auf Seite 3 unten des Ersturteils). Außerdem hat das Erstgericht festgestellt, dass der AvW-Genussschein von der Gemeinschuldnerin auch sonst ganz allgemein „*als sichere Veranlagung mit einer attraktiven Verzinsung propagiert (wurde), mit der sich der Anleger auch nicht langfristig binden müsse, da der Genussschein von der Gemeinschuldnerin jederzeit zurückgenommen würde*“ (Feststellungen auf Seite 5, Punkt 3.1.2., des Urteils des Erstgerichts).

Diese Zusicherungen der Gemeinschuldnerin in der Öffentlichkeit und gegenüber den einzelnen Anlegern sind, wenn man sie nicht ohnehin unmittelbar als rechtsgeschäftliche Zusicherungen werten kann, zumindest bei der Auslegung der Genussschein-Bedingungen zu berücksichtigen. Sie bestätigen und sichern daher das sich ohnehin bereits aus dem objektiven Wortlaut der Bedingungen abzuleitende Auslegungsergebnis ab, dass vertraglich keine stille Gesellschaft mit Verlustbeteiligung vereinbart war, sondern dass – diese Ansicht wird sogar in Punkt 7 des von der Beklagten vorgelegten Gutachtens *Graf/Rüffler* vertreten - letztendlich ein Rechtsverhältnis angestrebt war, wie es zwischen einer Gesellschaft und den Inhabern von Schuldverschreibungen besteht. Aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen und den Zusicherungen der Gemeinschuldnerin ist ja gerade auch die Klägerin davon ausgegangen, dass es sich bei den von ihr erworbenen Genussscheinen „*um eine Art Unternehmensanleihe mit variabler, erfolgsabhängiger Verzinsung handelt, die man jederzeit verkaufen kann*“ (Feststellungen auf Seite 4 oben des Ersturteils), und dass daher gerade keine Mitunternehmerschaft begründet werden sollte.

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 Verkaufstichtag 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 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.

Außerdem will die Beklagte bezüglich der fehlenden Beteiligung der Genussrechteinhaber an den stillen Reserven und Firmenwert im Kündigungsfall mit § 915 ABGB argumentieren und behauptet, aus dieser gesetzlichen Auslegungsregel ergäbe sich, dass das in § 8 Abs 2 vereinbarte Rückkaufsrecht der Gesellschaft zum jeweiligen Kurswert nicht rechtswirksam vereinbart worden wäre. Was die Beklagte damit meint, ist unerklärlich, da der Inhalt der Bestimmung des § 8 Abs 2 völlig klar ist und § 915 ABGB auch keine für die Inhaltskontrolle einer Vertragsklausel maßgebliche Norm ist, aus der sich die Unwirksamkeit der betreffenden Vertragsklausel ergeben könnte. Die für eine Inhaltskontrolle von § 8 maßgeblichen rechtlichen Vorgaben sind ausschließlich § 6 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB. Eine inhaltliche Überprüfung der Bestimmungen in § 8 der Genussschein-Bedingungen 2001 durch den OGH hat ergeben, dass lediglich der in § 8 Abs 1 vorgesehene Ausschluss des ordentlichen und außerordentlichen Kündigungsrechts der Genussrechteinhaber nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB sittenwidrig ist, während das Höchstgericht § 8 Abs 2 nicht als unwirksam angesehen

hat. Der OGH hat das der Gesellschaft in § 8 Abs 2 eingeräumte ordentliche Kündigungsrecht lediglich als Argument für die sich aus der Ungleichbehandlung ergebende Unwirksamkeit des gleichzeitigen Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts der Anleger in § 8 Abs 1 verwendet (vgl 1 Ob 105/10p). Aus der Entscheidung des OGH zu 1 Ob 105/10p ergibt sich daher gerade nicht, dass § 8 Abs 2 unwirksam ist, wie die Beklagte im Ergebnis behauptet, sondern vielmehr, dass § 8 Abs 1 unwirksam ist und dass daher beiden Vertragsparteien ein ordentliches und außerordentliches Kündigungsrecht zusteht, wie das bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dauerschuldverhältnis wie dem gegenständlichen ohnehin auch der dispositiven Gesetzeslage entspricht.

Im Übrigen besteht auch nicht, wie die Beklagte behauptet, 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 9 der Berufung anführt, dass das auch den Genusscheininhabern 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 Genussrechteinhaber 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 Genussrechteinhaber an den stillen Reserven und am Firmenwert), die vorliegen müssten, damit man das verfahrensgegenständliche Genussrechtsverhältnis 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 1. der Berufung

(„Allgemeine Qualifikation der Klagsforderung“):

Selbst wenn man entgegen den vorstehenden Ausführungen in Punkt 1. dieser Berufungsbeantwortung 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 vom Erstgericht ausgeführt – aufgrund der inkriminierten Verhaltensweisen des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Gemeinschuldnerin als Schadenersatzforderungen gegenüber der Gemeinschuldnerin geltend gemacht werden. Dazu wird im Einzelnen ausgeführt:

a) **Prospekthaftungsansprüche:**

Selbst wenn das gegenständliche Genussrechtsverhältnis als Mitunternehmerschaft anzusehen wäre, was aus den in Punkt 6.1. angeführten Gründen ohnehin nicht möglich ist, könnte die Klägerin am Insolvenzverfahren teilnehmen, da es sich zumindest bei den von der Klägerin geltend gemachten Prospekthaftungsansprüchen nach dem allgemeinen Zivilrecht (Punkt 4.1. der Klage) nicht um Ansprüche handelt, 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 teilnehmen kann.

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 kapitalmarkt-rechtlicher 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 Gemeinschaftschuldnerin gegenüber der Klägerin trifft, um die Sanktionierung irreführender oder unrichtiger Anlegerinformationen geht, für welche die „Wissensdifferenz“ zwischen dem Prospekthaftpflichtigen 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.

b) 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, Prospektrichtlinie, Wertpapierdienstleistungsrichtlinie/MiFID).

c) **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 in Punkt 1. ihrer Berufung zur Entscheidung 7 Ob 77/10i ist zunächst anzumerken, dass es sich bei dieser Entscheidung entgegen der Ansicht der Beklagten (Seite 3 zweiter Absatz der Berufung) sehr wohl um eine richtungsweisende Grundsatzentscheidung handelt, hat sich doch in der Zwischenzeit auch der 6. Senat des OGH in einer Entscheidung zu 6 Ob 28/12d mit ausführlicher und überzeugender Begründung der Auffassung des 7. Senats angeschlossen.

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 n rsatzansprüchen 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.

Die klagende Partei stellt daher den

A N T R A G ,

das Oberlandesgericht Graz als Berufungsgericht möge der Berufung der beklagten Partei keine Folge geben und dieser auch den Ersatz der Kosten des Berufungsverfahrens an die klagende Partei zu Händen des Klagevertreters binnen 14 Tagen bei Exekution auferlegen.



An Kosten werden verzeichnet:

Berufungsbeantwortung verfasst TP 3B	€	777,30
150 % ES	€	1.165,95
ERV-Zuschlag gem. §23a RATG	€	1,80
20 % USt.	€	389,01
Gesamtsumme:	€	<u>2.334,06</u>

