

**Dr. Erich Holzinger**  
Rechtsanwalt  
Treuhand der Stmk. Rechtsanwaltskammer

Landesgericht Klagenfurt  
J.W. Dobernigstraße 2  
9020 Klagenfurt

Dr. Erich Holzinger LL.M. LL.M.  
Europarecht  
South East European Law

in Kooperation mit  
Dr. Andreas Konradsheim  
Rechtsanwalt

Rathausplatz 3 (Sparkassengebäude)  
A-8940 Liezen

Telefon: 03612/24624  
Telefax: 03612/24624-4  
E-Mail: office@europaanwalt.at

**GZ 21CG164/12w**

 InsolBr / MH

**Klagende Partei:**

  


vertreten durch: Dr. Erich Holzinger  
Rechtsanwalt  
Rathausplatz 3  
8940 Liezen  
Code R602833

**Beklagte Partei:**

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

wegen: € 497.800,00 s. A.

**I. Verbindungsantrag  
II. Vorbereitender Schriftsatz  
III. Urkundenvorlage**

Vollmacht erteilt einschließlich  
Vollmacht gem. § 19a RAO  
Gleichschrift dem Klagevertreter gemäß § 112 ZPO direkt zugestellt

## I.

Wie bereits in der Klage beantragt, wiederholen die Kläger ihren

### **Antrag,**

das gegenständliche Verfahren aus Gründen der gebotenen Prozessökonomie mit dem genannten Verfahren 21 Cg 90/09h LG Klagenfurt, welches idente Sachverhalts- und Rechtsfragen behandelt, **zu verbinden.**

## II.

Die Kläger erstatten in Erwiderung der Klagebeantwortung und zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nachstehenden

### **Vorbereitenden Schriftsatz:**

1. Das Vorbringen der Beklagten wird **bestritten**, soweit es in Folge mit eigenem Vorbringen nicht vollinhaltlich übereinstimmt und ausdrücklich außer Streit gestellt wird.

### **2. Klagslegitimation:**

Die Kläger haben ihre - hier nicht gegenständliche - Forderungsanmeldung vom 29.10.2010, vertreten durch Huainigg Dellacher & Partner Rechtsanwälte OG, mit Schriftsatz vom 04.02.2013 unter Aufrechthaltung der - hier gegenständlichen - Forderungsanmeldung vom 26.06.2011 zurückgezogen, sodass keine Doppelanmeldung vorliegt.

Die Verpfändung der Forderung der Kläger an die BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft ändert nichts an der Aktivlegitimation der Kläger (siehe dazu etwa 6Ob 113/02i).

Weiters bestätigt die BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft mit Schreiben vom 20.02.2013 an den ausgewiesenen Klagsvertreter, dieser Klagsführung der beiden Kläger mit dem gestellten Klagebegehren ausdrücklich zugestimmt zu haben.

Die Kläger sind somit jedenfalls zur Klagsführung legitimiert. Vorsichtshalber erheben sie zusätzlich nachstehendes

### **Eventualurteilsbegehren:**

Es wird gegenüber der beklagten Partei festgestellt, dass den Klägern im In-

solvenzverfahren der AvW Gruppe AG, 41 S 65/10x des LG Klagenfurt, eine Insolvenzforderung von EUR 497.800,00 zusteht, wobei die auf Basis dieser Insolvenzforderung von der beklagten Partei auszahlende Quote zugunsten der Pfandnehmerin BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft bei Gericht zu erlegen ist.

Beweis: Zurückziehung der Insolvenzforderung mit Schriftsatz vom 04.02.2013, Insolvenzakt 41 S 65/10x  
Schreiben BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft vom 20.03.2013, wie bisher

### 3. Zur insolvenzrechtlichen Qualifikation der Forderung der Kläger:

#### 3.1. Fremdkapital

Das Genussscheinkapital der Kläger stellt Fremdkapital dar.

Hiezu wird auf die umfangreichen Ausführungen in der Klage verwiesen.

Nochmalig wird ausgeführt, dass auch der VwGH in der gleichartigen Causa "Superfund" mit Entscheidung vom 07.10.2010 zu 2006/17/0006 eindeutig zum Ergebnis gelangt, dass es sich um Fremdkapital handelt.

#### 3.2. Gleichbehandlung der Anleger geboten, Frage Eigen-/Fremdkapital irrelevant

Auch diesbezüglich verweisen die Kläger auf ihr umfangreiches Klagsvorbringen.

Weiters werden insbesondere die diesbezüglich einschlägigen AvW-Musterentscheidungen des **LG Klagenfurt 21 Cg 34/12b** sowie des **OLG Graz zu 2 R 176/12p** - dortige Beklagte ebenfalls die hier einschreitende Beklagte - erneut ins Treffen geführt, wonach der Frage Fremd-/Eigenkapital und dem diesbezüglichen Einwand der Beklagten ohnehin keine Relevanz zukommt.

Die genannten Gerichte beschäftigen sich nämlich äußerst umfangreich mit dem AvW-Genussschein(-system). Das OLG Graz stellt fest, dass *"eine unterschiedliche Behandlung von reinen Drittgläubigern und Anlegern im Insolvenzverfahren der Gesellschaft nach Rechtsansicht des Berufungsgerichts daher nicht angebracht ist."*

Das OLG Graz nimmt hiebei Bezug auf die bereits vorliegenden OGH-Entscheidungen 7 Ob 77/10i sowie 6 Ob 28/12d, wonach die Frage Fremd-/Eigenkapital gänzlich irrelevant für den vollwertigen Konkursanspruch der anmeldenden AvW-Investoren (und damit auch der Kläger) ist.

Denn bei den Ansprüchen der Investoren (und damit auch der Kläger) handelt es sich nicht um Ansprüche, welche diese causa societatis geltend machen, sondern

um Ansprüche aus der Verletzung von Rechtspflichten (das Vorhandensein dieser Verletzung von AvW wurde von der Beklagten sogar ausdrücklich außer Streit gestellt), deren Einhaltung den Anlegern eine informierte Nachfrageentscheidung ermöglichen soll.

Es besteht daher - wie ebenfalls vom LG Klagenfurt und OLG Graz unter Bezugnahme OGH 7 Ob 77/10i sowie 6 Ob 28/12d völlig richtig erkannt - kein Anhaltspunkt und kein ersichtlicher Grund, "**diese Schadenersatzforderungen im Falle der Insolvenz anders zu qualifizieren, als außerhalb der Insolvenz**" (Urteil LG Klagenfurt vom 19.07.2012 zu 21 Cg 34/12b, Seite 12).

Das OLG Graz führt weiters im Urteil zu 2 R 176/12p wie folgt ausdrücklich aus, wobei diese Feststellungen hiemit ausdrücklich **durch die Kläger als (Rechts-)Begründung für deren Anspruch vorgebracht** werden:

*"Dass der Klägerin nach der jüngsten Judikatur des Obersten Gerichtshofs grundsätzlich ein **Schadenersatzanspruch** zusteht, kann demnach nicht in Frage gestellt werden. Für das Berufungsgericht bestand keine Veranlassung, dieser Rechtsprechung, in der sich das Höchstgericht auch ausführlich mit der Kritik der Lehre an der Entscheidung 7 Ob 77/10i auseinandersetzte, nicht zu folgen.*

*Die Wahrscheinlichkeit, durch vorerst nicht erkennbare deliktische Handlungen von Organen der Gesellschaft einen Schaden zu erleiden, ist für Drittgläubiger als auch für Anleger gleich hoch. Eine unterschiedliche Behandlung von reinen Drittgläubigern und Anlegern im Insolvenzverfahren der Gesellschaft ist nach Rechtsansicht des Berufungsgerichts daher nicht angebracht.*

*Ein besonders den Genussscheininhabern gegenüber schützenswertes Interesse der Drittgläubiger ist auch nicht erkennbar, stand den Genussscheininhabern doch ungeachtet anderslautender Bedingungen auch ein Kündigungsrecht zu (1 Ob 105/10p).*

*Das mehrfach für eine Nachrangigkeit verwendete Argument, dass andernfalls kaum Investoren für die Sanierung des Unternehmens zu finden seien, überzeugt bei dem hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht. Der auch auf Arglist beruhende Schadenersatzanspruch der Klägerin und tausender anderer Geschädigter lässt selbst bei einer nachrangigen Befriedigung eine Sanierung als nahezu ausgeschlossen erscheinen.*

*Da das von der Klägerin für den Erwerb der Genussscheine aufgewendete und der Schuldnerin zugekommene Kapital als Gegenleistung für die ihr nach den Bedingungen dafür zustehenden Genussrechte keinen kapitalersetzen- den Charakter hat, eine **gesetzliche Grundlage für die ungleiche Behandlung eines Schadenersatzanspruchs** des Anlegers gegenüber Drittgläubigern in Österreich **nicht besteht** und aus den dargelegten Erwägungen eine Nachrangigkeit des Schadenersatzanspruchs der Klägerin sachlich **nicht** gerechtfertigt ist, war der Berufung nicht Folge zu geben."*

Selbst wenn es sich also beim Genussscheinkapital um Eigenkapital handeln sollte - was ohnehin nicht der Fall ist und ausdrücklich bestritten wird -, sind die AvW-Investoren (und damit auch die Kläger) als gleichrangige Insolvenzgläubiger zu

behandeln.

Mit diesen unmissverständlichen einschlägigen Entscheidungen entfällt somit jede Grundlage für eine Bestreitung der von den Klägern angemeldeten Forderung mit der Begründung, es läge Nachrangigkeit und/oder Eigenkapital vor.

Beweis: Akt LG Klagenfurt 21 Cg 34/12b  
wie bisher

#### 4. Zur Höhe der Insolvenzforderung:

##### **4.1. Irrige Rechtsmeinung der Beklagten**

Die Beklagte verneint, dass die Insolvenzforderung der Höhe nach - aufgrund der unstrittigen Tatsache, dass sämtliche Investoren von AvW insbesondere hinsichtlich deren Rückkaufsverpflichtung getäuscht wurden - mit dem Vertrauensschaden (= konkret: Ankaufspreis Genussscheine + Agio + gesetzliche Zinsen) begrenzt sei.

Dabei geht die Beklagte von der irrigen Annahme aus, der Vertrag über den Erwerb der Genussscheine wäre eo ipso unwirksam. Dies ist aber nicht der Fall. Die Beklagte übersieht bei ihrer Argumentation nämlich, dass die seinerzeitigen gegenständlichen Kaufverträge der Kläger allesamt **wirksam zustande gekommen** sind (und führt hiebei rechtsirrig nicht einschlägige Rechtsprechung ins Treffen).

(Die von der Beklagten angeführten Judikaturstellen betreffen allesamt die "*fehlerhafte Anlageberatung*", bei welcher es stets um das Vertragsverhältnis Anlageberater - Investor und **nicht wie hier um das Verhältnis Emittentin - Investor** geht.)

##### **4.2. Vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Emittentin und den Klägern**

Ab den jeweiligen Kaufvertragszeitpunkten war eine vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Emittentin AvW Gruppe AG und den Klägern gegeben, wobei Teil dieser vertraglichen Beziehung das - unstrittige - Versprechen der Emittentin (= Vertragspartnerin der Kläger) war, den Genussschein jederzeit zum maßgeblichen AvW-Index-Kurs zurückzunehmen.

Dieser Verpflichtung stand schon begriffsnotwendig ein entsprechendes **Recht der Kläger, jederzeit die Zahlung des entsprechenden Kurses gegen Rückgabe der entsprechenden Genussscheine zu fordern**, gegenüber, welches sie auch - unter voller Zustimmung der Pfandnehmerin BAWAG (siehe Schreiben BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft vom 20.03.2013 an den ausgewiesenen Klagsvertreter) - mit Rückverkaufsantrag vom 29.10.2008 zum seinerzeitigen Wert EUR 3.275,- je Genussschein ausübten.

Beweis: Rückverkaufsantrag vom 29.10.2008,  
Bestätigungsschreiben Rückkaufauftrag von AvW Gruppe AG an die  
Kläger vom 14.11.2008,  
Schreiben BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und  
Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft vom 20.03.2013

#### **4.3. Von den Klägern nicht ausgeübte bloße Anfechtungsmöglichkeit**

Dass die Kläger - was unstrittig feststeht - von deren Vertragspartnerin AvW Gruppe AG arglistig getäuscht bzw. in Irrtum geführt wurden, vermag somit nichts daran zu ändern, dass die gegenständlichen Kaufverträge rechtswirksam zustande gekommen sind.

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass jemand, welcher vom Vertragspartner durch Irreführung bzw. Arglist oder durch Verletzung von Aufklärungspflichten zu einem Vertragsabschluss gebracht wird, diesen Vertrag **nur anfechten kann**, aber **nicht muss**.

Die Kläger machen jedoch nicht von dieser **Handlungsmöglichkeit** Gebrauch und es haben daher die Verträge mit jenem (von AvW vorgetäuschten) Inhalt aufrecht zu bleiben, mit dem sie ursprünglich geschlossen worden sind.

Den Klägern **stehen daher jene Rechte bzw. Forderungen in inhaltlich unveränderter Form zu**, die in den ursprünglich abgeschlossenen Verträgen - wenn auch von AvW Gruppe AG vorgetäuscht - enthalten waren.

#### **4.4. Keine Anfechtungsmöglichkeit des Irreführenden bzw. Täuschers**

Demgegenüber steht diese Handlungsmöglichkeit dem Täuscher bzw. dem Verursacher der Irreführung freilich **nicht zu**.

Das Recht zur Anfechtung oder zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen soll bloß denjenigen schützen, der irregeführt wurde; diese Rechtsbehelfe haben jedoch nicht die Funktion, demjenigen, der den anderen irregeführt/getäuscht hat, die Möglichkeit zu eröffnen, sich seinerseits vom Vertrag zu lösen.

#### **4.5. Keine sonstigen Nichtigkeitsgründe**

Die Kaufverträge sind damit allesamt rechtswirksam zustande gekommen.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die von den Klägern geschlossenen Verträge aus anderen Gründen nichtig wären; derartige Gründe wurden jedoch von der Beklagten mit keinem Wort releviert und sind auch nicht erkennbar.

Dass Dr. Wolfgang Auer-Welsbach sich der AvW-Gesellschaften bedient hat, um Anleger zu betrügen und hiedurch gegen das Strafgesetzbuch verstoßen hat, führt nicht zur Unwirksamkeit der Verträge; dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn beiden Vertragsseiten - wie hier keines-

falls vorliegend - der Vorwurf strafgesetzwidrigen Handelns zu machen wäre.

#### 4.6. Insolvenzrechtliche Konsequenzen

Den Klägern bleibt es unbenommen, ihre Ansprüche auf der Basis der Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung geltend zu machen, also insbesondere die Rückverkaufsoption auszuüben, womit ihnen jedenfalls ein Anspruch in Höhe des zum Zeitpunkt des Zusammenbruchs maßgeblichen AvW-Index-Kurses von EUR 3.275,-- zusteht.

Die Kläger haben - wie bereits ausgeführt - mit Rückverkaufsantrag vom 29.10.2008 alle in ihrem Besitz befindlichen AvW-Genussscheine zum seinerzeitigen Wert EUR 3.275,-- je Genussschein an AvW zurückverkauft.

Der Rückkaufsantrag wurde von der Emittentin AvW Gruppe AG mit Schreiben vom 14.11.2008 sogar bestätigt.

Durch die Ausübung des Rechts, die Genussscheine wieder an die AvW Gruppe AG zurückzukaufen, ist ein **(Rück-)Kaufvertrag zwischen Emittentin AvW und den Klägern zustande gekommen**, welcher jedoch von AvW Gruppe AG - vertragswidrig - vor Insolvenzeröffnung niemals erfüllt wurde.

Da der Kaufvertrag also zur Zeit der Insolvenzeröffnung noch nicht von beiden Seiten erfüllt war, hat die Beklagte als Masseverwalterin das Wahlrecht nach § 21 Abs 1 KO (da das Konkursverfahren über die AvW-Gesellschaften vor dem 01.07.2010 eröffnet wurde, findet die Konkursordnung in der Fassung vor dem IRÄG 2010 Anwendung; in den relevanten Punkten besteht hiebei jedoch ohnehin kein Unterschied zwischen alter und neuer Rechtslage).

Wenn die Beklagte nach § 21 Abs 1 KO vom Vertrag zurücktritt oder keine Erklärung abgibt, können die Kläger den Ersatz des ihnen entstandenen Schadens als Konkursgläubiger verlangen.

Der Schadenersatzanspruch nach § 21 Abs 2 KO richtet sich aber ohnehin auf das Erfüllungsinteresse, sodass es für die Kläger keinen Unterschied macht, ob die Beklagte zurücktritt oder nicht.

Beweis: Rückverkaufsantrag vom 29.10.2008,  
Bestätigungsschreiben Rückkaufauftrag von AvW Gruppe AG an die  
Kläger vom 14.11.2008;

#### 4.7. AvW-Index-Kurs per Oktober 2008 (EUR 3.275,--)

Basis für die Höhe der Ansprüche der Kläger ist somit jedenfalls der maßgebliche AvW-Index-Kurs per Oktober 2008 = Zusammenbruch der AvW-Gesellschaften (EUR 3.275,--).

Beweis: Strafverfahren Dr. Auer Welsbach, LG Klagenfurt 18 Hv 163/10v,  
wie bisher

## 5. Zinsen nicht verjährt:

Die Beklagte stellt - wie oben ausgeführt - rechtsirrig auf den Vertrauensschaden ab.

Die - rechtlich jedenfalls - vom Vertrauensschaden mitumfassten Zinsen scheint die Beklagte jedoch ohne nähere Begründung nur im zeitlichen Ausmaß von 3 Jahren vor Konkurseröffnung gelten lassen zu wollen.

Lediglich für den Fall, dass das Gericht wider Erwarten der rechtsirrigen Argumentationslinie der Beklagten, wonach auf den Vertrauensschaden abzustellen sei, folgen sollte, wird aus advokatorischer Vorsicht wie folgt hiezu ausgeführt:

**5.1.** Es mutet geradezu grotesk an, dass dieser nunmehr von der Beklagten erhobene rechtsirrig einwand hinsichtlich verjährter Zinsen im oben genannten AvW-Musterverfahren des LG Klagenfurt zu 21 Cg 34/12b, in welchem es um die insolvenzrechtliche Qualifikation der Forderung der Investoren an sich geht und die hier einschreitende Beklagte ebenfalls als dortige Beklagte auftritt, mit keinem einzigen Wort von der Beklagten releviert, vielmehr - gegenteilig - **das dort erhobene Klagebegehren der Höhe nach ausdrücklich außer Streit gestellt wurde!**

Die dort gegen die Beklagte ergangene Entscheidung spricht den **begehrten und der Höhe nach außer Streit gestellten Klagsbetrag** (= Investition + Agio + volle Zinsen) **zur Gänze** zu; somit auch dort begehrte Zinsen, welche **früher als 3 Jahre vor Konkurseröffnung** herrühren, konkret **beginnend mit 04.11.2005**.

Warum die Beklagte nunmehr im gegenständlichen Verfahren den - rechtlich ohnehin falschen - Einwand verjährter Zinsen erhebt und damit eine **Ungleichbehandlung** von Gläubigern provoziert, ist nicht nachvollziehbar.

Beweis: Akt LG Klagenfurt 21 Cg 34/12b

**5.2.** Im Übrigen wird vorgebracht, dass diesfalls die schadenersatzrechtliche Norm § 1489 ABGB auch hinsichtlich der Zinsen zur Anwendung gelangt und damit keine Verjährung eintreten kann.

Denn es ist völlig klar, dass Zinsen den Investoren aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes - wie es die Beklagte selbst konstatiert, indem sie (zwar rechtsirrig) auf den Vertrauensschaden abstellt - zustehen, sodass hiefür jedenfalls die diesbezügliche genannte Verjährungsfrist (3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger) zur Anwendung gelangt.

Beweis: wie bisher

**6.** Im Übrigen verweisen die Kläger auf ihr umfangreiches Klagsvorbringen.

Das Klagebegehren wird auf alle in Frage kommenden Rechtsgründe gestützt.

Beweis: wie bisher



### III. Urkundenvorlage

Nachstehende Urkunden werden vorgelegt:

- Zurückziehung der Insolvenzforderung mit Schriftsatz vom 04.02.2013 (**Beilage .A**)
- Schreiben BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft vom 20.03.2013 (**Beilage .B**)
- Rückverkaufsantrag vom 29.10.2008 (**Beilage .C**)
- Bestätigungsschreiben Rückkaufauftrag von AvW Gruppe AG an die Kläger vom 14.11.2008 (**Beilage .D**)

Liezen, am 18.04.2013



Kostenverzeichnis:

Schriftsatz TP3A	EUR	1.120,00
50 % ES	EUR	560,00
10 % STG	EUR	168,00
ERV-Kosten	EUR	1,80
20 % USt	EUR	369,96
S u m m e	EUR	2.219,76

 InsolBr/3AS1/0