

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: ra@kanzlei-brandl.at

per WEB-ERV

Landesgericht Klagenfurt
Dobernigstraße 2
9020 Klagenfurt

21Cg 90/09h

KLAGENDE PARTEI:



vertreten durch:

Mag. iur. Oliver Lorber Rechtsanwalt GmbH,
St. Veiter Ring 51/II, 9020 Klagenfurt am WS

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: BACA0981-39959/00

wegen:

Gesamtstreitwert: € 665.138,23 s.A.

Berufungsinteresse: € 245.523,81 s.A.

I. BERUFUNGSBEANTWORTUNG

II. URKUNDENVORLAGE

einfach

Direktzustellung gem. § 112 ZPO

Vollmacht erteilt

I.

In der umseits näher bezeichneten Rechtssache erstattet die Beklagte durch ihren ausgewiesenen Vertreter binnen offener Frist auf die Berufung des Klägers vom 07.01.2014, gegen das Urteil des LG Klagenfurt vom 22.11.2013, GZ 21 Cg 90/09h, nachstehende

B E R U F U N G S B E A N T W O R T U N G

an das Oberlandesgericht Graz und führt dazu aus wie folgt:

Die vom Kläger geltend gemachten Berufungsgründe liegen nicht vor, die Berufung ist nicht berechtigt.

Der Kläger bekämpft das Urteil des LG Klagenfurt vom 22.11.2013 zu GZ 21 Cg 90/09h in seiner Berufung im Wesentlichen aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und aus Gründen der prozessualen Vorsicht auch aus dem Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens.

Was den Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens betrifft, so hat es der Kläger in Wahrheit verabsäumt, sich mit dem verfahrensgegenständlichen Akteninhalt auseinanderzusetzen. Dies zumal der Kläger - wie im Folgenden noch darzulegen sein wird - das Gutachten des Sachverständigen Dr. Kleiner zu GZ 13 St 173/08x der StA Klagenfurt offenbar nicht gelesen hat und dennoch daraus eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens ableiten möchte.

Ob der mangelnden Aktenkenntnis des Klägers sind die Ausführungen in gegenständlicher Berufung unschlüssig und ist der Kläger nicht (einmal) in der Lage den Berufungsstreitwert zu konkretisieren.

1. Zur behaupteten Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Vom Kläger wurde die unterbliebene Beweisaufnahme des Erstgerichts durch Einsichtnahme in die Akten des LG Klagenfurt zu GZ 18 Hv 163/10v sowie in das Gutachten des Sachverständigen Dr. Kleiner zu GZ 13 St 173/08x der StA Klagenfurt gerügt. In weiterer Folge führte der Kläger zur Darlegung der Wesentlichkeit des behaupteten Verfahrensmangels aus, dass die Rechtsansicht des Sachverständigen Dr. Kleiner „wonach es sich bei den AvW-Genussscheinen um ein Pyramidenspiel handelte“ für die klagsabweisende Entscheidung des Erstgerichtes wesentlich gewesen wäre.

Die diesbezüglichen Ausführungen des Klägers sind schlichtweg falsch.

Dies zumal dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Kleiner exakt die gegenteilige Ansicht zu entnehmen ist, was vom Erstgericht entsprechend festgestellt wurde: *„Der Feststellung des im Strafverfahren gegen Dr. Auer Welsbach beigezogenen Sachverständigen Dr. Kleiner, wonach kein Pyramidenspiel vorlag ist entgegenzuhalten, dass es sich hierbei um eine Rechtsfrage und nicht um eine Sachverständigenfrage handelt, sodass die Rechtsansicht des Sachverständigen außer Acht bleiben kann.“* (Seite 8 des erstgerichtlichen Urteils)

Die Auffassung des Sachverständigen Dr. Kleiner, wonach die Frage zum Aufbau des Genussscheinsystems in Form eines Pyramidenspiels tendenziell eher zu verneinen ist, wurde vom Erstgericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigt und kann daher von einem wesentlichen Verfahrensmangel keine Rede sein.

Aus der vom Kläger geführten Argumentation lässt sich viel mehr schließen, dass dieser sich mit dem Gutachten nicht auseinandergesetzt hat. Die Argumentation des Klägers hinsichtlich der Mangelhaftigkeit des Verfahrens geht sohin völlig ins Leere.

Ungeachtet der un schlüssigen Behauptungen des Klägers sei nämlich festgehalten, dass das Erstgericht die Klagsabweisung rechtsrichtig

- einerseits auf die Anwendbarkeit des § 879 ABGB und folglich die Nichtigkeit der gegenständlichen Verträge sowie
- andererseits auf die Anwendbarkeit der Judikatur zur fehlerhaften Anlageberatung stützt.

2. Zur behaupteten unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Vorab festgehalten sei, dass das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt nach Auffassung der Beklagten rechtsrichtig beurteilt hat.

2.1. Zum Punkt II.1. der Berufung:

Wenn der Kläger ausführt, dass der abgewiesene Teil des Klagebegehrens iHv € 245.523,81 im Wesentlichen der Differenz zwischen dem von der Beklagten anerkannten Betrag des Ankaufspreises je Genussschein und dem vom Kläger geltend gemachten Kurswert (€ 3.275,-- je Genussschein) entspricht und darauf hinweist, dass die Differenz den Berufungsstreitwert sogar überschreiten würde, kann daraus nur geschlossen werden, dass der Kläger sich mit der Thematik des Vertrauens-/Erfüllungsschadens nicht auseinander gesetzt hat.

Dies zumal die Beklagte in der vor dem LG Klagenfurt am 22.11.2013 stattgefundenen mündlichen Streitverhandlung nicht nur die Summe der Ankaufspreise von € 311.114,50 Kaufsumme (Anzahl der Genussscheine x jeweiliger Kaufkurs), zuzüglich vom Kläger bezahltes Agio von € 12.444,58 und zuzüglich Zinsen im Betrag von € 87.547,11, sohin den Gesamtbetrag von € 411.106,19 anerkannte.

2.2. Zum Punkt II.2. bis II.7. der Berufung:

Die Behauptung des Klägers, wonach das Erstgericht die Klagsabweisung in Anlehnung an höchstgerichtliche Judikatur lediglich mit der Nichtigkeit der gegenständlichen Verträge gem § 879 ABGB begründet hätte ist schlichtweg falsch.

Der Argumentation des Klägers, wonach vom Erstgericht keine Subsumtion der konkreten Tatsachen unter die Rechtsgrundsätze des § 879 ABGB vorgenommen worden wäre, ist entgegenzuhalten, dass sich das Erstgericht eingehend im Punkt 1. der rechtlichen Beurteilung (Zur Erfüllung der Rückkaufverpflichtung) auf den Seiten 7 und 8 des erstgerichtlichen Urteils mit dieser Thematik auseinandergesetzt hat.

Rechtsrichtig und in Anlehnung an die Judikatur des Obersten Gerichtshofes (OGH 3 Ob 231/12k, 2 Ob 248/12b, 4 Ob 162/12m, 2 Ob 169/12k, 2 Ob 241/12y; 10 Ob 58/12w, 2 Ob 250/12x, 9 Ob 61/12d, 2 Ob 242/12z, 4 Ob 165/12m) führt das Erstgericht diesbezüglich aus, dass es sich bei den AvW Genussscheinen um ein sogenanntes Pyramidenspiel handelt.

Es ist in Anbetracht der Vielzahl der vorstehend zitierten Judikate davon auszugehen, dass sich der Oberste Gerichtshof mit exakt den hier verfahrensgegenständlichen AvW-Genussscheinen und deren Ausgestaltung auseinander setzte und die Qualifikation als Pyramidenspiel (Schneeballsystem) somit vom Erstgericht als offenkundig vorausgesetzt werden konnte.

Die Argumentation des Klägers, wonach die zitierten oberstgerichtlichen Entscheidungen Schadenersatzansprüche gegen die Wirtschaftsprüfergesellschaft der AvW-Gesellschaften und nicht den Erfüllungsanspruch von Genussscheininhabern zum Gegenstand haben würde und die Qualifikation der Genussscheine als Pyramidenspiel als obiter dictum zu werten wäre, geht jedenfalls ins Leere. Ungeachtet der jeweiligen Sachverhalte beziehen sich nämlich diese Entscheidungen jedenfalls auf die hier interessierenden AvW-Genussscheine.

2.2.1 Zur Anwendbarkeit des § 879 ABGB:

Entgegen den Ausführungen des Klägers sind gegenständliche AvW-Genussscheine - wie im Folgenden noch darzulegen sein wird - jedenfalls als Pyramidenspiel zu qualifizieren.

Die vom Kläger dargelegten Umstände, wonach einerseits Bedingung des Genussscheinerwerbs die Möglichkeit des jederzeitige Rückkaufs war und andererseits der Kläger bei richtiger Beratung Abstand vom Genussscheinerwerb genommen hätte, stellen keine stichhaltige Begründung zur Verneinung des Vorliegens eines Pyramidenspiels dar.

Wie das Erstgericht zutreffend ausführt, kann nämlich die zivilrechtliche Unerlaubtheit eines Spiels nicht allein daran gemessen werden, ob die Beteiligung einen speziellen Straftatbestand erfüllt.

Diesbezüglich sei aus dem Rechtsatz des OGH mit der Nummer RS0102178 wie folgt zitiert: *„Vielmehr sind jene Spiele im Sinne des § 1174 Abs 2 ABGB verboten und damit nichtig im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB, die den in § 168 Abs 1 StGB und in § 1 Abs 1 GlücksspielG angeführten Charakter haben, bei denen also Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Die Gewinnchance der Mitspieler insgesamt hängt bei jedem nach dem Schneeballsystem funktionierenden Pyramidenspiel letztlich vom Zufall ab, wenn man die Inkaufnahme des unausweichlichen Verlustes der letzten Teilnehmer nicht überhaupt als Betrug wertet. Es kommt hier auf eine Gesamtschau an, die nicht nur die ersten Teilnehmer mit (noch) intakten "Gewinnchancen", sondern auch die Spieler einer späteren Phase berücksichtigt, deren Verlust praktisch vorprogrammiert ist. Zu Recht ist daher von der Nichtigkeit des gesamten zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Vertrages auszugehen“.*

Exakt dies ist hier der Fall.

Der Kläger stellt hingegen lediglich auf die zum damaligen Zeitpunkt (noch) intakten "Gewinnchancen" jener Genussscheininhaber ab, die einen Scheingewinn lukrieren konnten und versucht damit den klagsgegenständlichen Anspruch auf Basis des Erfüllungsschadens zu argumentieren.

Wie der Sachverständige Dr. Kleiner in seinem Gutachten zu GZ 13 St 173/08x der StA Klagenfurt ausführt, war das Genussscheinsystem ausschließlich darauf aufgebaut, dass der AvW Gruppe AG Geldmittel der Anleger zufließen (Tz 2443). **Ohne Mittel aus laufenden Genussscheinkäufen konnten weder Rückkäufe finanziert werden noch das operative Geschäft der AvW Gruppe AG (Tz 2444).**

Beweis:

- Auszug aus dem (bereits im erstinstanzlichen Verfahren als Beweis geführten) Gutachten des SV Dr. Kleiner zu GZ 13 St 173/08x der StA Klagenfurt, Tz 2442-2447 (Blg. /5);

Daraus ist eindeutig zu schließen,

- dass die „Gewinnchance“ der AvW-Genussscheininhaber jedenfalls vom Zufall abhing, zumal mangels laufendem Erwerbs von Genussscheinen durch Anleger das AvW-Genussscheinsystem mangels Substanzdeckung zusammengebrochen wäre sowie
- die Erwerber von Genussscheinen der späteren Phase mangels Substanzdeckung jedenfalls und unausweichlich einen Verlust erlitten.

Das AvW-Genussscheinsystem als perpetuum mobile finanzieller Art (Tz 2443) ist aus vorstehend genannten Gründen jedenfalls als Pyramidenspiel zu qualifizieren und ist die erstgerichtliche rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes rechtsrichtig erfolgt.

Der Kläger geht in der geführten Argumentation rechtsirrig davon aus, dass die Kenntnis des Klägers vom verbotenen Spiel Tatbestandsmerkmal des Pyramidenspiels und in weiterer Folge der Nichtigkeit gem § 879 ABGB sei. Dies ist jedoch unter Hinweis auf § 1174 ABGB gerade nicht der Fall. Wäre der Kläger nämlich in Kenntnis des verbotenen Spiels gewesen, so träfe ihn die Rechtsfolge des § 1174 Abs 1 ABGB und könnte er nicht einmal den geleisteten Einsatz zurückfordern.

Die gegenständlichen Verträge wurden jedoch in Durchführung eines Pyramidenspiels geschlossen und kann daher der geleistete Einsatz zurückgefordert werden (*Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 45).

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass - wie in gegenständlichem Verfahren - auch in einem verbotenen Spiel eingesetztes und verlorenes Geld herausverlangt gem § 1174 ABGB werden kann, da es nicht zur Bewirkung der verbotenen Handlung - sondern als Einsatz - erbracht bzw geleistet wurde (*Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1174 Rz 4, *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 270).

Der Kläger (als gutgläubiger Spieler) - sowie sämtliche AvW-Genussscheininhaber - sind sohin gerade aufgrund der vom Kläger aufgezeigten Umstände (mangelnde Kenntnis des verbotenen Spiels) berechtigt, den geleisteten Einsatz zurückzufordern. Denn nur was jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurückfordern. Im Umkehrschluss dazu gilt, dass von einem gutgläubigen Spieler eingesetztes Geld (nicht jedoch der versprochene Gewinn) herausverlangt werden kann.

2.2.2 Zur den behaupteten sekundären Feststellungsmängeln:

Vorab sei hinsichtlich der im Rahmen der Rechtsrüge behaupteten sekundären Feststellungsmängel festgehalten, dass diese nicht gesetzmäßig ausgeführt wurde.

Dies weil der Kläger nicht konkret ausführte, welche für die rechtliche Beurteilung relevanten Feststellungen fehlen.

2.3. Zum Punkt 2. des Urteils (Zu den Schadenersatzansprüchen):

Wie vom Erstgericht rechtsrichtig aufgrund des festgestellten Sachverhaltes ausgeführt, wäre der Ersatzanspruch des Klägers ungeachtet der Nichtigkeit der gegenständlichen Verträge iSd § 879 ABGB auch im Sinne der Judikatur zur fehlerhaften Anlageberatung mit dem Vertrauensschaden begrenzt.

Diese Ausführungen blieben vom Kläger unbekämpft.

Zusammenfassend sei festgehalten, dass das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt rechtsrichtig beurteilte. Dies zumal

- die geschlossenen Verträge einerseits aufgrund der Qualifikation des AvW-Genussscheinsystems als Pyramidenspiel nichtig iSd § 879 ABGB sind sowie
- andererseits die Schadenersatzansprüche des Klägers aufgrund der Anwendbarkeit der Judikatur zur fehlerhaften Anlageberatung mit dem - von der Beklagten bereits anerkannten - Vertrauensschaden begrenzt sind.

Die Berufung erweist sich somit als nicht begründet.

Es wird sohin gestellt der

A N T R A G

das Oberlandesgericht Graz als Berufungsgericht möge der Berufung des Klägers keine Folge geben und diesem den Ersatz der Kosten des Berufungsverfahrens gemäß § 19a RAO zu Handen des Beklagtenvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

II.


Weiters legt die Beklagte nachstehende

U R K U N D E

vor:

Blg. ./5 Auszug aus dem Gutachten des SV Dr. Kleiner zu GZ 13 St 173/08x der StA Klagenfurt, Tz 2442-2447,

Gegenständliche Urkunde unterliegt nicht dem Neuerungsverbot des § 482 ZPO zumal es sich hierbei lediglich um einen Auszug aus einem Beweis handelt, der im erstinstanzlichen Verfahren bereits vorgekommen ist sowie dem erstinstanzlichen Urteil zugrunde gelegt wurde.

Mag.MaS./tu
Klagenfurt, am 2014-02-05


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