

10

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

29Cg 1/10f

KLAGENDE PARTEI:



vertreten durch:

Dr. Michael Bauer, Rechtsanwalt,  
Pyhrnstraße 1, 8940 Liezen

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: BACA0881-39959/00

wegen:

€ 47.000,00 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 11.02.2014, GZ 29 Cg 1/10f, welches dem Beklagtenvertreter am 19.02.2014 zugestellt und mit Beschluss des LG Klagenfurt vom 21.2.2014 berichtigt wurde, binnen offener Frist das Rechtsmittel der

## **B E R U F U N G**

an das Oberlandesgericht Graz und führt aus wie folgt:

Das obgenannte Urteil, mit dem gegenüber der beklagten Partei festgestellt wurde, dass der klagenden Partei im Konkurs über das Vermögen der AvW Gruppe AG, GZ 41 S 65/10x, des Landesgerichtes Klagenfurt, eine Insolvenzforderung in der Höhe von € 47.000,- sammt 4% Zinsen ab 31.12.2009 zusteht, wird in seinem gesamten Umfang angefochten.

Geltend gemacht werden die Berufungsgründe der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung, der Aktenwidrigkeit, der unrichtigen rechtlichen Beurteilung sowie aus Gründen der Vorsicht die Mangelhaftigkeit des Verfahrens.

### **1. Zur unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung**

**1.1. Bekämpft** wird folgende, zusammenhängende Feststellung auf Seite 5 des Urteils:

*„Für [REDACTED] war es klar, dass er den Betrag bei der vormals erstbeklagten Partei investiert hat. Das heißt, dass es für ihn ganz klar war, dass er nicht bei Hans Linz Beträge veranlagt hat.“*

**Begehrt** wird demgegenüber folgende Ersatzfeststellung: *„Für [REDACTED] war es klar, dass er den Betrag bei Hans Linz (direkt) investiert hat. Das heißt,*

*dass es für ihn ganz klar war, dass er nicht bei der vormals erstbeklagten Partei veranlagt hat.“*

Das Erstgericht stützt die getroffene Feststellung lediglich auf die Glaubwürdigkeit der klagenden Partei (Seite 7 des Urteils). Bei richtiger Beweiswürdigung hätte das Erstgericht jedoch die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen, zumal sich diese unmissverständlich aus der von der klagenden Partei vorgelegten Beilage /A (Treuhandauftrag Nr. 5648, 5768, 5848 und 5849), der von der klagenden Partei vorgelegten Beilage /AD sowie der Zeugenaussage des Hans Linz in der am 19.11.2013 stattgefunden mündlichen Verhandlung vor dem LG Klagenfurt (Seiten 4ff des Protokolls vom 19.11.2013) ergibt.

Im Besonderen gab der Zeuge Linz an, dass sich die klagende Partei an seinem Vermögen und nicht an dem der AvW beteiligt habe. Die klagende Partei habe mit Sicherheit gewusst, dass sie sich an den in seinem Besitz befindlichen Genussscheinen beteiligte (Seite 4 des Protokolls vom 19.11.2013). Die klagende Partei habe sich aliquot mit dem übergebenen Betrag an seinen 12.000 Genussscheinen beteiligt (Seite 6 des Protokolls vom 19.11.2013).

Hinzu kommt, dass sich aus der konkreten Gestaltung und dem Inhalt der verfahrensgegenständlichen Treuhandaufträge klar und eindeutig ergibt, dass Hans Linz mit der klagenden Partei in eigenem Namen kontrahierte. Er unterfertigte gegenständlichen Treuhandauftrag - wie auch sämtliche anderen Treuhandaufträge - im eigenen Namen und ist der Treuhandauftrag auch auf Hans Linz Briefpapier abgedruckt (Blg. /A).

Zudem ergibt sich aus der von der klagenden Partei vorgelegten Beilage /AD, bei der es sich um eine Mitteilung einer eingetretenen Wertsteigerungen, die sich ausdrücklich auf den verfahrensgegenständlichen Treuhandauftrag mit der Nr. 5849 bezieht und die von Hans Linz direkt der klagende Partei übermittelt wurde,

dass Hans Linz - und nicht die AvW - Vertragspartner der klagenden Partei war.

Sämtliche Beweisergebnisse sprechen sohin - aus vorstehend angeführten Gründen - gegen die Angaben der klagenden Partei. Die begehrte Feststellung ist entscheidungswesentlich, zumal die Haftung der beklagten Partei aufgrund eines Eigengeschäftes Hans Linz' auszuschließen ist.

Hätte das Erstgericht die Beweise richtig gewürdigt und demnach die begehrte Feststellung getroffen, würde dies eindeutig dafür sprechen, dass die klagende Partei zur klagenden Partei in keinerlei Rechtsverhältnis steht und von einem Eigengeschäft des Hans Linz auszugehen ist.

**1.2. Bekämpft** wird folgende Feststellung auf Seite 5 des Urteils: „Linz hat [REDACTED] beim Kauf beziehungsweise Investment ausdrücklich gesagt, dass er für ihn die AvW- Genussscheine kaufen werde.“

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: „Linz hat [REDACTED] beim Kauf beziehungsweise Investment ausdrücklich gesagt, dass er sich an den in seinem Besitz befindlichen 12.000 Genussscheinen beteilige.“

Wie bereits vorstehend ausgeführt, hat das Erstgericht aufgrund der „vollkommen ehrlichen und glaubwürdigen Aussage der klagenden Partei“ (Seite 7 des Urteils) die bekämpfte Feststellung getroffen.

Im Widerspruch dazu hat jedoch der Zeuge Linz glaubwürdig angegeben, dass sich die klagende Partei an seinem Vermögen und nicht an dem der AvW beteiligt und mit Sicherheit gewusst habe, dass sie sich an den in seinem Besitz befindlichen Genussscheinen beteiligte (Seite 4 des Protokolls vom 19.11.2013). Exakt diese Zeugenaussage stützt eindeutig die begehrte Ersatzfeststellung. Es ist davon auszugehen, dass gerade die klagende Partei ihre Aussage zu ihren eigenen

Gunsten färben würde, um die geltend gemachten Anspruchsgrundlagen entsprechend zu stützen. Im Gegensatz dazu bestünde für den Zeugen Linz keine Veranlassung nicht wahrheitsgemäß auszusagen, zumal dieser bereits im Verfahren 14 Hv 144/10t des LG Leoben zu einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren und 4 Monaten, gem § 148 2. DF StGB unter der Bedachtnahme auf den § 28 Abs 1 leg.cit. aufgrund der hier verfahrensgegenständlichen „Barschiene“ verurteilt wurde.

Hätte das Erstgericht die begehrte Feststellung getroffen, hätte dies ebenfalls gegen eine Zurechnung der Handlung des Hans Linz zur beklagten Partei gesprochen. Immerhin stünde dann fest, dass die klagende Partei sich direkt am Vermögen des Hans Linz beteiligte und sohin eine Haftung der beklagten Partei aufgrund eines Eigengeschäftes Hans Linz' ausgeschlossen wäre.

**1.3. Bekämpft** wird folgende Feststellung auf Seite 5 des Urteils: *„Zum Tagesdatum 8. Jänner 2008 ist festzuhalten, dass diese, nämlich die Daten, zumal es sich um vier Investments handelt, in den Treuhandaufträgen nicht aufscheinen, sondern der Oktober 2008, was sich daraus ergibt, dass der Anleger mit der Wertsteigerung der AvW-Genussscheine die Möglichkeit hatte, jeden Monat den Treuhandauftrag einzulösen und das Geld der Wertsteigerung zu bekommen, was [REDACTED] im Jahr 2008 zweimal gemacht hat, dies im Mai und Oktober, weshalb auf den Treuhandaufträgen das Datum vom Oktober 2008 aufscheint.*

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: *„Zum Tagesdatum 8. Jänner 2008 ist festzuhalten, dass diese, nämlich die Daten, zumal es sich um vier Investments handelt, in den Treuhandaufträgen nicht aufscheinen, sondern der Oktober 2008, was sich daraus ergibt, dass der Anleger mit der Wertsteigerung der AvW-Genussscheine nach dem Wortlaut des Treuhandauftrages die Möglichkeit hatte, binnen 10 Tagen den Substanzgenussschein direkt bei Hans Linz einzulösen und das Geld der Wertsteigerung zu bekommen, was [REDACTED] im Jahr*

2008 zweimal gemacht hat, dies im Mai und Oktober, weshalb auf den Treuhandaufträgen das Datum vom Oktober 2008 aufscheint.“

Die vom Erstgericht getroffene und von der beklagten Partei bekämpfte Feststellung wurde **entgegen dem konkreten Wortlaut des Treuhandauftrages getroffen**. Die gezogene Schlussfolgerung ist unzutreffend, da aus gegenständlichem Treuhandvertrag eindeutig hervorgeht, dass die Möglichkeit der Einlösung lediglich **direkt** beim dem Zeugen Linz bestand.

Hätte das Erstgericht bei richtiger Beweiswürdigung die begehrte Ersatzfeststellung getroffen, so läge ein weiteres Indiz für ein Eigengeschäft des Hans Linz vor, welches wiederum wesentlich für die Änderung der rechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes wäre.

1.4. **Bekämpft** wird folgende (in der Beweiswürdigung verborgene) Feststellung auf Seite 7 des Urteils: „*Ausdrücklich wird festgehalten, dass es glaubwürdig ist, dass der Kläger ohne Einschränkung und Zweifel davon überzeugt war, bei AvW zu investieren, was hiermit auch ausdrücklich festgestellt wird, zumal gerichtsbekannt ist, dass die gesamte Promotion darauf ausgerichtet war, kauflustigen Anlegern zu suggerieren, dass sie bei der besonders erfolgreichen AvW Gruppe investieren, was gerichtsbekannt ist, und worum kein Gericht hinwegkommen wird.*

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: „*Ausdrücklich wird festgehalten, dass es unglaubwürdig ist, dass der Kläger ohne Einschränkung und Zweifel davon überzeugt war, bei AvW zu investieren, was hiermit auch ausdrücklich festgestellt wird, zumal die klagende Partei aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Treuhandaufträge davon ausgehen musste, direkt bei Hans Linz zu investieren.*

Es ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen das Erstgericht uneingeschränkt den Angaben der klagenden Partei Glauben schenkt und so zur bekämpften Feststellung gelangt. Wie bereits ausführlich ausgeführt, hätte das Erstgericht bei richtiger Beweiswürdigung der vorgelegten Beilagen ./A (Ausgestaltung des Treuhandauftrages) sowie ./AD (Mitteilung des Hans Linz an die klagende Partei) und der Aussage der klagenden Partei selbst, wonach die Wertsteigerungen im Büro des Hans Linz (und nicht in den Geschäftsräumlichkeiten der AvW) in bar ausgezahlt und diese Auszahlung auch nicht quittiert werden musste (Seite 4 des Protokolls vom 18.12.2013) die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

Vielmehr ist es nämlich - entgegen der erstgerichtlichen Beweiswürdigung - unglaubwürdig, dass die klagende Partei ungeachtet der auf Hans Linz Briefpapier abgedruckten und von diesem unterfertigten Treuhandaufträge sowie der durch diesen übermittelten und ebenso auf dessen Briefpapier abgedruckten Mitteilung der Wertsteigerung keinen Zweifel hatte, bei der beklagten Partei zu investieren. Dies zumal die klagende Partei - wie auch vom Zeugen Linz ausgesagt (S. 4 des Protokolls vom 19.11.2013) - auch bei der AvW direkt investierte und die Abwicklungsmodalitäten der AvW dieser bestens bekannt waren.

Schon nach allgemeiner Lebenserfahrung liegt es auf der Hand, dass von einem seriösen Geschäft in gegenständlicher Sache keine Rede sein kann und daher die Aussage der klagenden Partei aufgrund der vorliegenden Beweisergebnisse als unglaubwürdig zu qualifizieren und folglich die begehrte Ersatzfeststellung zu treffen gewesen wäre.

- 1.5. **Bekämpft** wird folgende (in der Beweiswürdigung verborgene) Feststellung auf Seite 7 des Urteils: „*Es ist absolut glaubwürdig, dass [REDACTED] vollkommen davon überzeugt war, bei AvW zu investieren und nicht den geringsten Anlass dafür hatte, davon auszugehen, dass seine Investition bei Hans Linz (direkt) getätigt werde.*

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: „*Es ist absolut ungläubwürdig, dass [REDACTED] vollkommen davon überzeugt war, bei AvW zu investieren und musste er jedenfalls davon ausgehen, dass seine Investition bei Hans Linz direkt getätigt werden.*

Das Erstgericht begründet die hier bekämpfte Feststellung im Wesentlichen damit, dass es keinen Zweifel an der Ehrlichkeit und Glaubwürdigkeit der Aussage der klagenden Partei habe (Seite 7 des Urteils). Aufgrund der vorliegenden Beweisergebnisse ist dies jedoch schwer nachvollziehbar. Dies zumal schon die Abwicklungsmodalitäten der „Barschiene“, welche durch die unstrittige Barzahlung im Restaurantbetrieb sowie die mangelnde Quittierung der Auszahlung gekennzeichnet war, auf ein Eigengeschäft des Hans Linz schließen lassen.

Allein der Umstand, dass die klagende Partei keinen Nachweis der Veranlagung anforderte oder sich die zu erwerbenden Genussscheine vorweisen lies, hätten beim Erstgericht Zweifel an der Glaubwürdigkeit der klagenden Partei begründen müssen.

Bei richtiger Beweiswürdigung hätte das Gericht unter Bedachtnahme auf die Ausgestaltung des Treuhandauftrages, die Aussage der klagenden Partei wonach er einen Genussschein nicht verlangt habe (Seite 3 des Protokolls vom 18.12.2013) sowie der Aussage des Hans Linz, wonach die klagende Partei mit Sicherheit wusste, dass sie sich an seinen Genussscheinen beteiligte (Seite 4 des Protokolls vom 19.11.2013) die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

1.6. **Bekämpft** wird folgende (in der Beweiswürdigung verborgene) Feststellung auf Seite 8 des Urteils: „*Außerdem - und darauf ist ausdrücklich hinzuweisen - konnte [REDACTED] ohne jeden Zweifel davon ausgehen, nicht bei Linz zu*



*investieren, weil er agiofrei veranlagt hat.“*

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: *„Außerdem - und darauf ist ausdrücklich hinzuweisen - musste [REDACTED] ohne jeden Zweifel davon ausgehen, direkt bei Linz zu investieren, weil er agiofrei veranlagt hat.“*

Es ist völlig unplausibel, aufgrund welcher konkreten Annahme das Erstgericht die bekämpfte Feststellung getroffen hat. Gerade der Umstand, dass die klagende Partei kein Agio entrichten musste spricht nämlich für ein Direktinvestment bei Hans Linz. Diesbezüglich ist auszuführen, dass der zwischen der klagenden Partei und Hans Linz geschlossene Treuhandvertrag gerade zur Umgehung eines Vertragsverhältnisses mit der beklagten Partei diene. Dies zumal die Treuhandkonstruktion mangels Zahlungsverpflichtung des Agios an die beklagte Partei für die klagende Partei günstiger und sohin grundsätzlich vorteilhafter gewesen wäre.

Mit dem Agio wurden nämlich die Vertriebskosten der Emittentin gedeckt (Gutachten SV Dr. Kleiner zu 13 St 173/08x der StA Klagenfurt, insbes Tz 777). Weshalb die beklagte Partei auf die Bezahlung des Agios verzichten sollte ist nicht nachvollziehbar. Umso mehr kann daraus vom Erstgericht nicht der Schluss gezogen werden, dass dieser Umstand als Argument für ein Investment bei der AvW spricht sondern hätte das Erstgericht bei richtiger Beweiswürdigung die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

1.7. **Bekämpft** wird folgende (in der Beweiswürdigung verborgene) Feststellung auf Seite 8 des Urteils: *„Darüber hinaus war die Aussage dieses Zeugen nicht glaubwürdig und konnte ihm das Gericht auch nicht folgen, insbesondere ist völlig unglaubwürdig, dass sich, wie Hans Linz ausgesagt hat, [REDACTED] an seinem Vermögen, nicht aber an der AvW beteiligt hätte.“*

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: „Darüber hinaus war die Aussage dieses Zeugen glaubwürdig und konnte das Gericht dem Zeugen auch folgen, insbesondere ist völlig glaubwürdig, dass sich, wie Hans Linz ausgesagt hat, [REDACTED] an seinem Vermögen, nicht aber an der AvW beteiligt hätte.“

Infolge unrichtiger Beweiswürdigung hat das Erstgericht aufgrund der - nach Ansicht des Erstgerichts - uneingeschränkten Glaubwürdigkeit der klagenden Partei die bekämpfte Feststellung getroffen. Aufgrund der von der klagenden Partei vorgelegten Beilagen ./X sowie ./Y und der Aussage des Zeugen Linz (Seite 4 des Protokolls vom 19.11.2013) hätte das Erstgericht beweiswürdigend erwägen müssen, dass den Kunden der Barschiene angeboten wurde, sich gegen Barzahlung an den sich im Besitz des Zeugen Linz befindlichen 12000 Stück AvW-Genussscheinen zu beteiligen. Diese konkrete Vorgangsweise ist sowohl der Blg. ./X sowie der Blg. ./Y zu entnehmen und hätte daher das Erstgericht die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

**1.8. Bekämpft** wird folgende (in der Beweiswürdigung verborgene) Feststellung auf Seite 8 des Urteils: „Völlig unglaubwürdig ist auch, wenn der Zeuge ausgesagt hat, dass [REDACTED] mit Sicherheit gewusst habe, dass er sich an seinen Genussscheinen beteiligt habe. Dazu ist die Aussage des Klägers viel glaubwürdiger, der auch illustrativ geschildert hat, warum er glauben musste an der AvW beteiligt zu sein, dies geht aus seiner Aussage klar hervor.“

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: „Völlig glaubwürdig ist auch, wenn der Zeuge ausgesagt hat, dass [REDACTED] mit Sicherheit gewusst habe, dass er sich an seinen Genussscheinen beteiligt habe. Dazu ist die Aussage des Klägers viel unglaubwürdiger, zumal von diesem keine nachvollziehbaren Gründe geschildert wurden, warum er glauben musste an der AvW beteiligt zu sein, dies geht aus seiner Aussage nicht hervor.“

Das Erstgericht begründet die hier bekämpfte Feststellung damit, dass die klagende Partei illustrativ geschildert hat, warum diese glauben musste an der AvW beteiligt zu sein. Das Erstgericht lässt es jedoch völlig außer Acht, diese Gründe entsprechend auszuführen.

Mangels Vorliegen nachvollziehbarer Gründe, die für die Annahme eines Investments bei der AvW sprechen, hätte das Erstgericht richtigerweise die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

- 1.9. **Bekämpft** wird folgende (in der Beweiswürdigung verborgene) Feststellung auf Seite 8 des Urteils: *„Linz hat seine Aussage, wenn man sie auch ökonomisch betrachtet, eindeutig zu seinen Gunsten gefärbt, was auf der Hand liegt, weshalb ihm nicht gefolgt werden kann.“*

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: *„[REDACTED] hat seine Aussage, wenn man sie auch ökonomisch betrachtet, eindeutig zu seinen Gunsten gefärbt, was auf der Hand liegt, weshalb ihm nicht gefolgt werden kann.“*

Lebensfremd muss die Beweiswürdigung des Erstgerichtes auch anhand der getroffenen und bekämpften Feststellung erscheinen, wonach der Zeuge Linz seine Aussage zu seinen Gunsten gefärbt hat. Wie bereits unter Punkt 1.2. ausgeführt, wäre es lediglich im Sinne der klagenden Partei gewesen, deren Aussage zu ihren Gunsten zu färben um damit eine Zurechnung des Verhaltens des Zeugen Linz zur beklagten Partei zu konstruieren und hätte das Erstgericht bei richtiger Beweiswürdigung die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

- 1.10. **Bekämpft** wird folgende (in der rechtlichen Beurteilung verborgene) Feststellung auf Seite 9 des Urteils: *„Die Finanzdienstleistungsassistenten der beklagten Partei sowie auch Hans Linz erbrachten ihre Dienstleistungen laut*

*„Berechtigungszertifikaten“ im Namen und auf Rechnung der beklagten Parteien gemäß § 2 Abs 1 Z 15 WAG. (Beilagen ./C und ./O).“*

Begehrt wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: *„Die Finanzdienstleistungsassistenten der beklagten Partei sowie auch Christian Schwab erbrachten ihre Dienstleistungen laut „Berechtigungszertifikaten“ im Namen und auf Rechnung der beklagten Parteien gemäß § 2 Abs 1 Z 15 WAG. (Beilagen ./C und ./O). Hinsichtlich des Zeugen Linz konnte eine Tätigkeit als Finanzdienstleistungsassistent für die beklagte Partei nicht eindeutig festgestellt werden.“*

Das Erstgericht hat aus von der klagenden Partei vorgelegten Beilagen ./C und ./O im Wege der unrichtigen Beweiswürdigung den Schluss gezogen, dass der Zeuge Linz aufgrund des vorgelegten und auf Herrn Christian Schwab lautenden Berechtigungszertifikats Dienstleistungen im Namen und auf Rechnung der beklagten Partei gemäß § 2 Abs 1 Z 15 WAG erbrachte.

Von der klagenden Partei wurde tatsächlich jedoch **kein wie immer gearteter Nachweis erbracht**, dass der Zeuge Linz mit einem Berechtigungszertifikat ausgestattet war und als Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei zu qualifizieren wäre.

Auch in einer dem Gutachten SV Dr. Kleiner zu 13 St 173/08x der StA Klagenfurt, insbes Tz 1330 beiliegenden Auflistung sämtlicher Finanzdienstleistungsassistenten der AvW scheint der Zeuge Linz **nicht auf**.

Die Erwägungen des Erstgerichts zu seiner Beweiswürdigung sind sohin jedenfalls verfehlt und hätte das Erstgericht - allenfalls - die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

Hilfsweise und aus Gründen der Vorsicht möge die begehrte Ersatzfeststellung auch aus dem Titel der Aktenwidrigkeit getroffen werden (siehe hierzu ausführlich Punkt 2. der Berufung).

- 1.11. **Bekämpft** wird folgende (in der rechtlichen Beurteilung verborgene) Feststellung auf Seite 9 des Urteils: *„Die mit der klagenden Partei abgeschlossenen Treuhandaufträge und Übernahmebestätigungen stellen eine Interessenverfolgung der beklagten Partei gegenüber der klagenden Partei dar, weshalb die Tätigkeiten Hans Linz' in den Risikobereich der beklagten Partei einzubeziehen ist, was rechtlich ausdrücklich ausgeführt wird.“*

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: *„Die mit der klagenden Partei abgeschlossenen Treuhandaufträge und Übernahmebestätigungen stellen keine Interessenverfolgung der beklagten Partei gegenüber der klagenden Partei dar, weshalb die Tätigkeiten Hans Linz' nicht in den Risikobereich der beklagten Partei einzubeziehen sind, was rechtlich ausdrücklich ausgeführt wird.“*

Aufgrund welcher Erwägungen das Erstgericht die bekämpfte Feststellung getroffen hat ist nicht nachvollziehbar.

Diesbezüglich ist anzuführen, dass der zwischen der klagenden Partei und Hans Linz geschlossene Treuhandvertrag gerade zur Umgehung eines Vertragsverhältnisses mit der beklagten Partei diene. Dies zumal die Treuhandkonstruktion mangels Zahlungsverpflichtung des Agios an die beklagte Partei für die klagende Partei günstiger und sohin grundsätzlich vorteilhafter gewesen wäre. Zwischen der klagenden Partei und der beklagten Partei bestand bzw. besteht weder eine Sonderrechtsbeziehung, zu deren Erfüllung sich die beklagte Partei der Person des Hans Linz bedienen hätte können noch wurde Hans Linz mit Willen der beklagten Partei tätig und hätte

das Erstgericht bei richtiger Beweiswürdigung die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

Dies zumal sich die rechtliche Beurteilung mangels Erfüllungsgehilfenstellung des Hans Linz gem § 1313a ABGB dahingehend ändern würde, dass eine Haftung der beklagten Partei jedenfalls ausgeschlossen wäre.

**1.12. Bekämpft** wird folgende (in der rechtlichen Beurteilung verborgene) Feststellung auf Seite 10 des Urteils: *„Daraus folgt, dass Hans Linz die Funktion als Finanzdienstleistungsassistent neben seiner Vorstandstätigkeit bei der beklagten Partei ausübte, weshalb er nach Beendigung des Vorstandsvertrages weiterhin als Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei tätig war.“*

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: *„Daraus folgt, dass Hans Linz neben seiner Vorstandstätigkeit bei der beklagten Partei auch als Kunde der AvW in der Kundenverwaltung der beklagten Partei geführt war.“*

Die vom Erstgericht auf Grundlage der Beilagen ./X und ./Y getroffene und bekämpfte Feststellung ist nicht nachvollziehbar. Weder aus dem zitierten Gutachten noch aus dem zitierten Urteil ergibt sich, dass der Zeuge Linz zum Zeitpunkt der Ausstellung der Treuhandvereinbarung Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei war.

Geradezu absurd ist die Schlussfolgerung des Erstgerichts, wonach aus der Tatsache, dass der Zeuge Linz in der Kundenverwaltung der beklagten aufscheine geschlossen werden könne, dass dieser neben seiner Vorstandstätigkeit weiterhin als Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei tätig war. Wie bereits unter Punkt 1.10. ausgeführt, wurde von der

klagenden Partei kein wie immer gearteter Nachweis erbracht, dass der Zeuge Linz mit einem Berechtigungszertifikat ausgestattet war und als Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei zu qualifizieren wäre.

Bei richtiger Beweiswürdigung hätte das Erstgericht daher mangels Nachweises der Eigenschaft als Finanzdienstleistungsassistent die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

- 1.13. Bekämpft wird folgende (in der rechtlichen Beurteilung verborgene) Feststellung auf Seite 11 des Urteils: *„Ausdrücklich stellt das Gericht fest, dass von einem Eigengeschäft Hans Linz' nicht ausgegangen werden kann, denn, wenngleich Hans Linz zwar zum Zeitpunkt des Abschlusses des Treuhandauftrages im Oktober 2008 nicht mehr Vorstandsmitglied der beklagten Partei war, beendete er einerseits nicht die Vermittlung und den Vertrieb von AvW-Genussscheinen für die beklagte Partei und andererseits tätigte die geschädigte klagende Partei aus ihrer Sicht immer ein Investment in AvW-Genussscheine, wobei ihr Hans Linz lediglich als Erfüllungsgehilfe der beklagten Partei behilflich war.“*

Begehrt wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: *„Ausdrücklich stellt das Gericht fest, dass von einem Eigengeschäft Hans Linz' ausgegangen werden kann, denn Hans Linz war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Treuhandauftrages im Oktober 2008 nicht mehr Vorstandsmitglied der beklagten Partei und investierte die klagende Partei aus ihrer Sicht immer direkt bei Hans Linz.“*

Die vom Erstgericht getroffene Feststellung gründet sich allein auf der Annahme, dass der Zeuge Linz im Oktober 2008 - sohin nach Beendigung seiner Vorstandstätigkeit als Finanzdienstleistungsassistent für die beklagte Partei tätig war. Wie bereits unter Punkt 1.10. sowie unter Punkt 1.12.

ausgeführt, wurde von der klagenden Partei kein wie immer gearteter Nachweis erbracht, dass der Zeuge Linz mit einem Berechtigungszertifikat ausgestattet war und zum Zeitpunkt des Abschlusses des gegenständlichen Treuhandauftrages als Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei zu qualifizieren wäre. Der Zeuge Linz war zum Zeitpunkt der Erteilung des verfahrensgegenständlichen Treuhandauftrages weder Organ noch Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei und hätte das Erstgericht bei richtiger Beweiswürdigung die begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen.

Zusammenfassend sei festgehalten, dass das Erstgericht bei richtiger Beweiswürdigung die begehrten Ersatzfeststellungen treffen hätte müssen, wobei sich die rechtliche Beurteilung dahingehend geändert hätte, dass mangels Erfüllungsgehilfenhaftung des § 1313a ABGB sowie aufgrund eines Eigengeschäfts Hans Linz' das Klagebegehren vollinhaltlich abzuweisen gewesen wäre.

## 2. Zur Aktenwidrigkeit:

Der Berufungsgrund der Aktenwidrigkeit ist verwirklicht, wenn für eine Tatsachenfeststellung überhaupt keine beweismäßige Grundlage besteht (*Pochmarski/Lichtenberg* Die Berufung in der Zivilprozessordnung 2003, 116).

Exakt dies ist hier der Fall. Von der klagenden Partei wurden keine wie immer gearteten Beweise, die geeignet sind, die Tätigkeit des Zeugen Linz als Finanzdienstleistungsassistent für die beklagte Partei nachzuweisen, vorgelegt.

Ungeachtet dessen wurde vom Erstgericht die Feststellung getroffen, dass aus den vorgelegten Beilagen ./C und ./O eine Tätigkeit des Zeugen Linz als Finanzdienstleistungsassistent abgeleitet werden könne und wurde durch die getroffene Feststellung ein Widerspruch zwischen dem Akteninhalt und den die Entscheidung tragenden wesentlichen Tatsachen verwirklicht.



**Bekämpft** wird folgende (in der rechtlichen Beurteilung verborgene) Feststellung auf Seite 9 des Urteils: *„Die Finanzdienstleistungsassistenten der beklagten Partei sowie auch Hans Linz erbrachten ihre Dienstleistungen laut „Berechtigungszertifikaten“ im Namen und auf Rechnung der beklagten Parteien gemäß § 2 Abs 1 Z 15 WAG. (Beilagen ./C und ./O).“*

**Begehrt** wird demgegenüber nachstehende Ersatzfeststellung: *„Die Finanzdienstleistungsassistenten der beklagten Partei sowie auch Christian Schwab erbrachten ihre Dienstleistungen laut „Berechtigungszertifikaten“ im Namen und auf Rechnung der beklagten Parteien gemäß § 2 Abs 1 Z 15 WAG. (Beilagen ./C und ./O). Hinsichtlich des Zeugen Linz konnte eine Tätigkeit als Finanzdienstleistungsassistent für die beklagte Partei nicht eindeutig festgestellt werden.“*

### **3. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:**

Auch unter Zugrundelegung der erstgerichtlichen Feststellungen erfolgte die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes unrichtig und wäre das Klagebegehren abzuweisen gewesen.

Das Erstgericht hat auf Seite 5 des Urteils ausdrücklich festgestellt, dass die klagende Partei einen Treuhandauftrag bekommen hat, indem festgehalten wird, dass das Geld bei der AvW Invest für die klagende Partei veranlagt wird. In rechtsirriger Auffassung geht das Erstgericht nunmehr davon aus, dass der Zeuge Linz als Finanzdienstleistungsassistent als Erfüllungsgehilfe gem § 1313a ABGB zu qualifizieren wäre und die beklagte Partei daher für dessen Verschulden haftet.

Diese Rechtsmeinung des Erstgerichts ist falsch. Vollkommen unberücksichtigt bleibt nämlich im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts die Tatsache, dass der zwischen der klagenden Partei und Hans Linz geschlossenen Treuhandvertrag gerade zur Umgehung eines Vertragsverhältnisses mit der beklagten Partei diene. Dies zumal die Treuhandkonstruktion mangels Zahlungsverpflichtung des Agios an

die beklagte Partei für die klagende Partei günstiger und sohin grundsätzlich vorteilhafter gewesen wäre.

Zwischen der klagenden Partei und der beklagten Partei bestand bzw. besteht weder eine **Sonderrechtsbeziehung**, zu deren Erfüllung sich die beklagte Partei der Person des Hans Linz bedienen hätte können noch wurde Hans Linz **mit Willen** der beklagten Partei tätig.

Mangels Erfüllungsgehilfenstellung des Hans Linz gem § 1313a ABGB ist eine Haftung der beklagten Partei **jedenfalls ausgeschlossen**.

Vom Erstgericht vollkommen außer Acht gelassen wurde auch die auf Seite 5 des Urteils festgestellte Tatsache, dass die klagende Partei die Wertsteigerungen im Büro des Zeugen Linz in bar ausbezahlt erhielt, diese Auszahlung nicht quittieren musste.

Ausdrücklich verwiesen wird diesbezüglich auch auf die vom Erstgericht getroffene Feststellung auf Seite 6 des Urteils, wonach der Zeuge Linz von der klagenden Partei **Direktbargeld** erhalten habe.

Bei richtiger Rechtsauffassung hätte das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass ein **Eigengeschäft des Zeugen Linz vorliegt** und eine Haftung der beklagten Partei daher ausgeschlossen ist.

Zutreffend hält das Erstgericht auf Seite 10 des Urteils fest, dass die Organ- wie auch Repräsentantenhaftung nach der Beendigung der Vorstandstätigkeit des Zeugen Linz für die beklagte Partei ausgeschlossen ist.

Aus den vorstehend dargelegten Gründen hätte das Erstgericht bei richtiger rechtlicher Beurteilung das Klagebegehren abweisen müssen.

### 3.1. Sekundäre Feststellungsmängel:

Eine richtige rechtliche Beurteilung des konkreten Sachverhaltes konnte jedoch infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung verwirklichter sekundärer Feststellungsmängel nicht erfolgen.

#### 3.1.1. Keine Feststellung zur Ausgestaltung des Treuhandauftrages:

Das Erstgericht hat es unterlassen zum rechtlich relevanten Beweisthema der exakten Ausgestaltung der verfahrensgegenständlichen Treuhandaufträge konkrete Feststellungen zu treffen. das Erstgericht lässt es nämlich dahingestellt, ob aus der Ausgestaltung der Treuhandaufträge auf eine Zurechnung zur beklagten Partei oder diese auf ein entsprechendes Eigengeschäft des Zeugen Linz schließen lässt.

Die beklagte Partei begehrt daher nachstehende ergänzende Feststellung welche aufgrund eines offenkundigen sekundären Feststellungsmangels nicht getroffen wurde:  
*„Aus der Gestaltung und dem Inhalt der verfahrensgegenständlichen Treuhandaufträge ergibt sich klar und eindeutig, dass Hans Linz mit der klagenden Partei in eigenem Namen kontrahierte. Er unterfertigte gegenständlichen Treuhandauftrag - wie auch sämtliche anderen Treuhandaufträge - eigenhändig und ist der Treuhandauftrag auch auf Hans Linz Briefpapier abgedruckt.“*

Diese Feststellung hätte aufgrund der von der klagenden Partei vorgelegten Beilage ./A getroffen werden können. Infolge entsprechender Feststellung würde sich die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes dahingehend ändern, dass als Vertragspartner der klagenden Partei der Zeuge Linz, der die verfahrensgegenständlichen Treuhandaufträge in eigenem Namen abschloss, zu qualifizieren wäre.

Mangels Rechtsverhältnis der klagenden Partei zur beklagten Partei sowie mangels Tätigkeit als Finanzdienstleistungsassistent des Zeugen Linz zum Zeitpunkt des Abschlusses des verfahrensgegenständlichen Treuhandauftrages wäre eine Haftung der

beklagten Partei für das schädigende Verhalten des Zeugen Linz jedenfalls auszuschließen das Klagebegehren kostenpflichtig abzuweisen gewesen.

### 3.1.2. Keine Feststellung zur Mitteilung zur Wertsteigerung (Beilage ./AD):

Auch hinsichtlich der von der klagenden Partei vorgelegten Beilage ./AD, die eindeutig auf ein Eigengeschäft des Zeugen Linz schließen lässt, hat es das Erstgericht unterlassen rechtlich relevante Feststellungen zu treffen.

Die beklagte Partei begehrt daher nachstehende ergänzende Feststellung welche aufgrund eines offenkundigen sekundären Feststellungsmangels nicht getroffen wurde: *„Aus der Gestaltung und dem Inhalt der Mitteilung zur Wertsteigerung aus dem September 2008, die direkt von Hans Linz an die klagende Partei übermittelt wurde (Beilage ./AD) ergibt sich klar und eindeutig, dass Hans Linz mit der klagenden Partei in eigenem Namen kontrahierte.“*

Gegenständliche Mitteilung entkräftet augenscheinlich die Glaubwürdigkeit der Aussage der klagenden Partei, wonach diese sich sicher war, bei der AvW zu investieren. Sowohl die Ausgestaltung der Treuhandaufträge als auch der Mitteilung der Wertsteigerung lässt keinen Rückschluss auf ein bestehendes Vertragsverhältnis zur beklagten Partei zu sondern weist einzig und allein auf ein Direktinvestment bei Hans Linz hin.

### 3.1.3. Keine Feststellung zur Partnervereinbarung:

Das Erstgericht hat im Rahmen seiner rechtsirrigen Beurteilung des Sachverhaltes vollkommen außer Acht gelassen, rechtlich relevante Feststellung zu den Rechtsgrundlagen der Tätigkeit als Finanzdienstleistungsassistent zu treffen, was einen offenkundigen sekundären Feststellungsmangel begründet.

Wie bereits unter Punkt 1.10., 1.12. sowie 1.13. ausgeführt, wurde von der klagenden Partei **kein wie immer gearteter Nachweis erbracht**, dass der Zeuge Linz mit einem Berechtigungszertifikat ausgestattet war und zum Zeitpunkt des Abschlusses des gegenständlichen Treuhandauftrages als Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei zu qualifizieren wäre.

Vom Erstgericht völlig unberücksichtigt und von der klagenden Partei nicht releviert wurde die - allenfalls als Rechtsgrundlage der Tätigkeit des Hans Linz als Finanzdienstleistungsassistent - mit der AvW Invest AG abgeschlossene Partnervereinbarung, welche jedoch mit 08.02.2008 beendet wurde. Die Beendigung wurde der FMA entsprechend angezeigt und wurde dies von der beklagten Partei im vorbereitenden Schriftsatz vom 30.08.2013 auch vorgebracht. Dieser Umstand blieb vom Erstgericht unbeachtet.

Eine entsprechende ergänzende Feststellung wird daher wie folgt begehrt: *„Zwischen der AvW Invest AG und Hans Linz bestand bis 08.02.2008 eine Partnervereinbarung, deren Beendigung von der AvW Invest AG noch am selben Tag der FMA angezeigt wurde. Hans Linz war sohin zum Zeitpunkt der Erteilung des verfahrensgegenständlichen Treuhandauftrages nicht Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei.“*

Hätte das Erstgericht die begehrte ergänzende Feststellung getroffen, so würde sich die rechtliche Beurteilung dahingehend ändern, dass eine Haftung der beklagten Partei mangels Erfüllungsgehilfenhaftung gem § 1313a ABGB auszuschließen und die Klage kostenpflichtig abzuweisen gewesen wäre.

Die vorstehend begehrten ergänzenden Feststellungen ergeben sich aus den geführten Beweismitteln (§ 496 Abs 3 ZPO) und mögen aus Gründen der Vorsicht auch aus den Titeln der Beweisrüge und Mangelhaftigkeit des Verfahrens getroffen werden.

#### **4. Zusammenfassung**

Ausdrücklich darauf hingewiesen sei, dass das Erstgericht seine (unrichtige) rechtliche Beurteilung lediglich auf den Umstand, dass Hans Linz zum Zeitpunkt der Erteilung des gegenständlichen Treuhandauftrages Finanzdienstleistungsassistent der beklagten Partei gewesen wäre, stützt. Es hat dabei jedoch

- keine rechtlich relevante Feststellungen zur Rechtsgrundlage der Tätigkeit als Finanzdienstleistungsassistent getroffen bzw
- hiezu infolge unrichtiger Beweiswürdigung Feststellungen getroffen, die nicht dem Akteninhalt entsprechen.

Mangels Rechtsbeziehung zwischen der klagenden und der beklagten Partei infolge Eigengeschäftes Hans Linz' sowie aufgrund der Tatsache, dass Hans Linz zum Zeitpunkt **der Erteilung des verfahrensgegenständlichen Treuhandauftrages weder Organ noch Finanzdienstleistungsassistent** der beklagten Partei war, ist eine Haftung der beklagten Partei für das schädigende Verhalten jedenfalls ausgeschlossen und wäre die gegenständliche Klage abzuweisen gewesen.

#### **5. 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./b  
Klagenfurt, am 2014.03.19  


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

An Kosten werden verzeichnet:

BERUFUNG , TP3B	€	920,60
200 % Einheitssatz	€	1.841,20
ERV-Kosten	€	1,80
Zwischensumme	€	2.763,60
20 % Umsatzsteuer von 2.763,60	€	552,72
Zwischensumme	€	3.316,32
Pauschalgebühren	€	2.043,00
<b>Gesamtsumme</b>	<b>€</b>	<b>5.359,32</b>