



Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr.Kirsch (Vorsitz), Mag.Tanczos und Dr.Scherz in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch Dr.Michael Bauer, Rechtsanwalt in Liezen, gegen die beklagte Partei **Insolvenzverwaltungs Gesellschaft mbH**, Kardinalschütt, 9020 Klagenfurt, als Insolvenzverwalterin über das Vermögen der AvW Gruppe AG (41 S 65/10x des Landesgerichts Klagenfurt), wegen Feststellung (Streitwert EUR 47.000,00), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 11.Februar 2014, 29 Cg 1/10f-33, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 21.Februar 2014 (ON 35), in nichtöffentlicher Sitzung den

BESCHLUSS

gefasst:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird ein schließlich seiner Kostenentscheidung **aufgehoben**. Die Rechtssache wird an das Prozessgericht erster Instanz zur Verhandlung und Urteilsfällung **zurückverwiesen**.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

BEGRÜNDUNG:

Mit der am 31.Dezember 2009 eingebrachten Klage verlangten insgesamt 55 Kläger - darunter der Erstkläger [REDACTED] - von der AvW Gruppe AG (damals Erstbeklagte) und der AvW Invest AG (vormalige Zweitbeklagte) Schadenersatz wegen treuwidriger Verwendung von übergebenen Treuhandgeldern.

Nachdem das Erstgericht das Verfahren nach erstatteter Klagebeantwortung im

Einvernehmen mit den Parteien mit Beschluss vom 8.März 2010 (ON 6) unterbrochen hatte, beantragten die Kläger am 12.Februar 2013 die Fortsetzung des unterbrochenen Verfahrens, die deklarative Feststellung der Unterbrechung des Verfahrens wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die AvW Gruppe AG (41 S 65/10x) und der AvW Invest AG (41 S 64/10z) sowie die Aufnahme und Fortsetzung des zufolge Insolvenzeröffnung über das Vermögen der AvW Gruppe AG unterbrochenen Verfahrens für den Kläger Thomas Astecker.

Mit Beschluss vom 21.März 2013 (ON 10) erklärte das Erstgericht das Verfahren infolge Insolvenzeröffnung über das Vermögen der beklagten Parteien als unterbrochen und setzte es antragsgemäß mit Beschluss vom 27.Juni 2013 (ON 12) in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 8.Juli 2012 (ON 16) zwischen dem Erstkläger und der vormals erstbeklagten AvW Gruppe AG unter Änderung der Parteienbezeichnung auf "Insolvenzverwaltungs Gesellschaft mbH als Insolvenzverwalterin in der Insolvenz über das Vermögen der AvW Gruppe AG" fort.

Letztlich begehrte der Kläger im Prozess die Feststellung, dass ihm im Insolvenzverfahren der AvW Gruppe AG (Schuldnerin) eine Insolvenzforderung von EUR 47.000,00 samt 4 % Zinsen seit 31.Dezember 2009 bis zum 6.Mai 2010 (Insolvenzeröffnung) zustehe und brachte zusammengefasst vor: Zur Vermittlung von AvW-Genussscheinen habe sich die AvW Invest AG insbesondere ihres Vorstandsmitglieds Hans Linz bzw Finanzdienstleistungsassistenten bedient, die von der AvW Invest AG "Partnerausweise und Berechtigungszertifikate" ausgestellt erhalten hätten und mit denen die AvW Invest AG "Partnervereinbarungen" abgeschlossen habe. Linz sei von 1998 bis Jänner 2008 Vorstandsmitglied der AvW Invest AG gewesen und habe als herausragender Vermittler für die AvW Gruppe AG und die AvW Invest AG beim Verkauf der AvW-Genussscheine fungiert. Seine Spezialkunden hätten Genussscheine ohne das übliche Agio erwerben können, indem sie statt wie die anderen Investoren, die das Anlagekapital auf ein Konto bei der Raiffeisenbank Klagenfurt überwiesen hätten, Hans Linz Bargeld gegen Erhalt von Übernahmebestätigungen und/oder Treuhandaufträgen übergeben hätten. Die Treuhandaufträge stellten eine Interessenverfolgung der AvW Invest AG (AS 16) gegenüber dem Kläger dar. In der Niederschrift der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 14.November 2008 habe Hans Linz angegeben, dass der Vorstandsvorsitzende der AvW Gruppe AG und der AvW Invest AG Dr.Auer-Welsbach ihm bestätigt habe, dass Linz 12.000 Genussscheine bei der Kapitalgesellschaft auf einem Sammeldepot halte; es sei vereinbart gewesen, dass Linz über diese 12.000 Stück Genussscheine Treuhandaufträge entgegennehmen könne und die Treuhandaufträge durch diese Genussscheine besichert seien. Aufgrund der Besicherung der Treuhandaufträge durch die Genussscheine habe Linz die in den Treuhandaufträgen genannten Beträge nicht für die Veranlagung von Substanzgenussscheinen bei den

Gesellschaften verwendet. Diese Vorgangsweise sei zwischen Linz und Dr.Auer-Welsbach vereinbart gewesen. Von den entgegengenommenen Treuhandbeträgen habe Linz teilweise Gelder an Kunden wieder ausbezahlt und den Rest der Gelder privat verwendet. Bei der AvW Gruppe AG und der AvW Invest AG handle es sich um eine wirtschaftliche Einheit, weil die AvW Invest AG ohne die Vermögensverschiebungen durch die AvW Gruppe AG nicht lebensfähig gewesen sei. Der Kläger habe seine Forderung von EUR 47.000,00 im jeweiligen Insolvenzverfahren der AvW Gruppe AG und der AvW Invest AG angemeldet, im Insolvenzverfahren der AvW Gruppe AG sei seine Forderung in der Prüfungstagsatzung am 12.November 2011 bestritten worden. Hans Linz habe nach Beendigung seiner Vorstandstätigkeit und nach Beendigung der Partnervereinbarung auch weiterhin bis Oktober 2008 die Anleger und auch den Kläger durch die im Wege schriftlicher Treuhandaufträge bewirkte Vorgabe, die ihm überlassene Geldbeträge treu- und auftragsgemäß in Substanzgenussscheine der AvW Gruppe AG zu veranlassen und ihm überlassene Wertpapiere gewinnbringend zu verwalten, zu Handlungen (nämlich zur Überlassung von Bargeld und zur Einräumung der Verfügungsmacht über Wertpapiere) verleitet, welche die Anleger um einen Betrag von insgesamt rund EUR 30 Mio und den Kläger um EUR 47.000,00 am Vermögen geschädigt habe. Die vorsätzlichen unerlaubten Handlungen des Hans Linz seien auch in der Zeit von Jänner 2008 bis Oktober 2008 der Beklagten haftungsmäßig genauso zuzurechnen, wie seine vorsätzlichen Handlungen in der Zeit seiner Vorstandstätigkeit bei der AvW Invest AG.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und wendete im Wesentlichen ein: Hans Linz sei nie Organ der Schuldnerin gewesen und es habe zwischen ihr und Hans Linz auch nie eine Partnervereinbarung bestanden. Zum Zeitpunkt der Erteilung sämtlicher Treuhandaufträge sei Linz also weder Organ noch Anlageberater der Schuldnerin gewesen. Linz sei von Dezember 1998 bis Dezember 2007 Vorstand der AvW Invest AG gewesen. Am 18.Jänner 2008 sei das Ende der Vorstandstätigkeit im Firmenbuch bekanntgemacht worden. Die Vorstandstätigkeit des Hans Linz bei der AvW Invest AG habe vor Erteilung der verfahrensgegenständlichen Treuhandaufträge von Oktober 2008 geendet. Hans Linz sei auch nicht Finanzdienstleistungsassistent der AvW Invest AG gewesen. Er habe außerhalb seiner Vorstandstätigkeit angeboten, sich gegen Barzahlung an den sich - angeblich - in seinem Sitz befindlichen 12.000 Stück AvW-Genussscheinen zu beteiligen bzw habe Anlegern vertraglich zugesichert, mit den an ihn bezahlten Barbeträgen AvW-Index-Zertifikate bzw AvW-Substanzgenussscheine zu erwerben. Bei dieser Variante der "Barschiene" habe Hans Linz vor 2008 Übernahmebestätigungen der HLF Hans Linz Finanzberatung GmbH sowie nach dem Jahr 2008 Treuhandaufträge ausgefolgt. Linz habe mit dem Kläger im eigenen Namen kontrahiert. Vertragspartner des Klägers sei daher Hans Linz. Die Schuldnerin stehe zum Kläger daher in keinem Rechtsverhältnis. Der Schuldnerin seien auch keine Gelder aus der

"Barschiene" zugeflossen. Der zwischen dem Kläger und Hans Linz geschlossene Treuhandvertrag habe gerade zur Umgehung eines Vertragsverhältnisses mit der AvW Invest AG gedient. Zwischen dem Kläger und der AvW Invest AG und der Schuldnerin habe keine Sonderrechtsbeziehung bestanden, zu deren Erfüllung sich die Gesellschaften der Person des Hans Linz bedient hätten; Hans Linz sei auch nicht mit Willen der Gesellschaften tätig geworden. Hans Linz sei daher nicht Erfüllungsgehilfe der Schuldnerin; er sei auch nie Repräsentant der Schuldnerin gewesen. Die "Barschiene" habe nicht in einem inhaltlichen Zusammenhang mit dem Aufgabenbereich von Hans Linz bestanden.

Mit dem angefochtenen Urteil erkannte das Erstgericht im Sinne des Klagebegehrens und traf unter anderem folgende Feststellungen:

■■■■■■ investierte einen Gesamtbetrag von EUR 47.000,00, der sich aus folgenden Teilbeträgen zusammensetzt: EUR 30.000,00 stammten von ihm, während EUR 12.000,00 von seiner Ehefrau ■■■■■■ sowie jeweils EUR 2.500,00 von seinen Töchtern Julia und Sabine Astecker stammten.

Für ■■■■■■ war es klar, dass er den Betrag bei der vormals erstbeklagten Partei (Schuldnerin) investiert hat. Das heißt, dass es für ihn ganz klar war, dass er nicht bei Hans Linz Beträge veranlagt hat. Linz hat ■■■■■■ beim Kauf bzw Investment ausdrücklich gesagt, dass er für ihn die AvW-Genussscheine kaufen werde.

Bei der Geldübergabe hat Linz ■■■■■■ einen Treuhandauftrag ausgefolgt, worin stand, dass er für das Geld bei der AvW Genussscheine kaufen werde. Die übergebenen Teilbeträge von insgesamt EUR 47.000,00 übergab der Kläger am 8.Jänner 2008 dem Hans Linz.

Zum Tagesdatum 8.Jänner 2008 ist festzuhalten, dass diese, nämlich die Daten, zumal es sich um vier Investments handelte, 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 Tag den Treuhandauftrag einzulösen und das Geld der Wertsteigerung zu bekommen, was Astecker im Jahr 2008 zweimal gemacht hat, dies im Mai und Oktober, weshalb auf den Treuhandaufträgen das Datum von Oktober 2008 aufscheint. ■■■■■■ hat am 7.Mai 2008 EUR 1.768,64 und am 15.Oktober EUR 2.163,00 bekommen. Die Beträge haben sich am AvW-Index orientiert, der immer am Monatsende bekanntgegeben wurde. Die Wertsteigerung hat Hans Linz dem Kläger in seinem Büro bar ausbezahlt. Die Auszahlung war die Wertsteigerung des AvW-Genussscheines, mit der Unterschrift des neuen Treuhandvertrages für den Anleger war "alles erledigt".

Hans Linz vermittelte ab dem Jahr 1992 für die "AvW" und hatte einen Exklusivvertrag für den Verkauf von AvW-Werturkunden und AvW-Index für Salzburg, Steiermark, Niederösterreich, Oberösterreich und Wien. 1998 wurde Hans Linz in den Vorstand der "AvW"

aufgenommen. Vorstandsmitglied war er vom 1. Dezember 1998 bis zum 31. Dezember 2007, wonach er auf Wunsch des Dr. Auer-Welsbach ausgeschieden ist.

Der Kläger meldete seine Forderung in den Insolvenzverfahren der AvW Invest AG und der AvW Gruppe an.

Rechtlich folgerte das Erstgericht: Bei der Beurteilung der Haftungsfrage der Beklagten für Hans Linz müsse darauf Bedacht genommen werden, dass sich die Beklagte bei der Vermittlung und dem Vertrieb von AvW-Genussscheinen des Finanzdienstleistungsassistenten Hans Linz bedient habe, was zweifellos fest stehe. *Die Finanzdienstleistungsassistenten der Beklagten sowie auch Hans Linz hätten ihre Dienstleistungen laut "Berechtigungszertifikaten" im Namen und auf Rechnung der Beklagten gemäß § 2 Abs 1 Z 15 WAG erbracht.* Die Beklagte sei nach § 1313a ABGB in Verbindung mit § 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007 zum Ersatz des Schadens des Klägers verpflichtet, weil sie für das Verschulden der Finanzdienstleistungsassistenten, deren sie sich bei der Erbringung der Wertpapierdienstleistungen bedient habe, hafte. Hier hafte die Beklagte für die schädigenden Handlungen des Hans Linz, weil dieser als Vorstandsmitglied und Finanzdienstleistungsassistent der vormals Zweitbeklagten (AvW Invest AG) aufgrund absoluter und untrennbarer wirtschaftlicher Einheit mit der vormals Erstbeklagten (Schuldnerin) Erfüllungsgehilfe der Schuldnerin gewesen sei. *Die mit dem Kläger abgeschlossenen Treuhandaufträge und Übernahmebestätigungen stellten eine Interessenverfolgung der Beklagten gegenüber dem Kläger dar, weshalb die Tätigkeiten des Hans Linz in den Risikobereich der Beklagten einzubeziehen seien.* Linz habe am 1. Jänner 1995 seine unternehmerische Tätigkeit als Vermittler für Finanzdienstleistungen bei der Beklagten begonnen und am 30. März 1995 einen Exklusivvertrag für den Verkauf von AvW-Wertpapieren erhalten. Er habe noch am 30. September 2008 "als Kunde der AvW Wertkunden und des AvW Index in der Kundenverwaltung der Beklagten gelautet". Linz habe seine Vorstandstätigkeit bei der "Beklagten" bis zur Löschung am 18. Jänner 2008 ausgeübt. *Daraus folge, dass Linz die Funktion als Finanzdienstleistungsassistent neben seiner Vorstandstätigkeit bei der Beklagten ausgeübt habe, weshalb er nach Beendigung des Vorstandsvertrags weiterhin als Finanzdienstleistungsassistent der Beklagten tätig gewesen sei.* Es unterliege nicht dem geringsten Zweifel, dass Linz von Dezember 1998 bis Jänner 2008 Vorstandsmitglied der Beklagten und als solcher zu deren Vertretung berufen gewesen sei. Die Beklagte hafte als juristische Person für unerlaubte Handlungen derjenigen Vertreter, die unmittelbar durch ihre Verfassung zu ihrer Vertretung berufen seien, nicht jedoch für Personen, denen sich die juristische Person zur Besorgung ihrer Angelegenheiten bedient habe. Folglich sei die Organ-, wie auch die Repräsentantenhaftung nach der Beendigung der Vorstandstätigkeit des Hans Linz für die Beklagte auszuschließen. Das Alleinverschulden

treffe hier die Beklagte, der die Handlungen des Hans Linz zuzurechnen seien. Der Kläger sei von Hans Linz getäuscht worden; diese Täuschung habe beim Kläger den Irrtum hervorgerufen, über Hans Linz tatsächlich werthaltige AvW-Genussscheine zu erwerben und den Kläger dazu veranlasst, Linz Geld zum Erwerb der werthaltigen Genussscheine bzw zur Beteiligung an den von ihm vermeintlich gehaltenen werthaltigen Genussscheine zu überlassen. *Hier könne nicht von einem Eigengeschäft des Hans Linz ausgegangen werden; wengleich Linz zum Zeitpunkt des Abschlusses des Treuhandauftrags im Oktober 2008 nicht mehr Vorstandsmitglied der Beklagten gewesen sei, habe er einerseits die Vermittlung und den Vertrieb von AvW-Genussscheine für die Beklagte nicht beendet und andererseits habe der Kläger aus seiner Sicht immer ein Investment in AvW-Genussscheine getätigt, wobei Hans Linz lediglich als Erfüllungsgehilfe der Beklagten behilflich gewesen sei. Ein Mitverschulden des Klägers sei daher auszuschließen.*

Gegen dieses Urteil richtet sich die auf die Berufungsgründe der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung, der Aktenwidrigkeit, der unrichtigen rechtlichen Beurteilung sowie "aus Gründen der Vorsicht" der Mangelhaftigkeit des Verfahrens gestützte Berufung der Beklagten. Sie beantragt die Abänderung des Urteils in Klagsabweisung und stellt hilfsweise einen Aufhebungsantrag.

Der Kläger verneint in seiner Berufungsbeantwortung das Vorliegen der geltend gemachten Berufungsgründe und beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Über die Berufung war gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden, weil der Berufungssenat eine mündliche Berufungsverhandlung für entbehrlich hielt.

Die Berufung ist im Sinne des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrages berechtigt.

Zur Tatsachenrüge:

Darin bekämpft die Beklagte die einleitend in Kursivschrift wiedergegebenen Feststellungen sowie die dazu disloziert in der Beweiswürdigung und der rechtlichen Beurteilung enthaltenen Ausführungen des Erstgerichts.

Im Kern wendet sich die Beweisrüge dagegen, dass das Erstgericht nicht von einem "Eigengeschäft" des Hans Linz ausging und ihm die Funktion eines Finanzdienstleistungsassistenten der Beklagten zuerkannte. Mit den Ersatzfeststellungen wird im Wesentlichen angestrebt, dass es dem Kläger vollkommen klar gewesen sei, den Betrag bei Hans Linz direkt zu investieren und nicht bei der Schuldnerin zu veranlagern; für Hans Linz könne eine Tätigkeit als Finanzdienstleistungsassistent der Beklagten nicht eindeutig festgestellt werden.

Die Beklagte argumentiert zur Beteiligung des Klägers am Vermögen des Hans Linz im Wesentlichen mit dem Inhalt der vom Erstgericht seiner Entscheidung zugrundegelegten Treuhandverträge (Beilagenkonvolut .A).

Der jeweils gleiche Text dieser insgesamt vier Urkunden - zwei stammen von Oktober 2008, zwei von Jänner 2008 - lautet auszugsweise wie folgt:

„Treuhandauftrag

██████████, im Folgenden kurz "Treugeber" genannt, erteilt einen Treuhandauftrag an Hans Linz in seinem Namen über den Betrag von EUR 30.000,00 bzw EUR 12.000,00 bzw jeweils EUR 2.500,00, den ich Hans Linz treuhändig überlassen habe bei der AvW Invest AG zur Veranlagung von Substanzgenussscheinen entgegenzunehmen.

Hans Linz erhält den Auftrag, die Veranlagung durchzuführen und im Sinne des Treuhandauftrags über die Veranlagung regelmäßig zu berichten und alles zu tun und nichts zu unterlassen, um die bestmögliche Veranlagung bei der genannten Aktiengesellschaft zu erwirken.

Im Falle des Wunsches des Kunden verpflichtet sich Hans Linz, binnen zehn Tagen den Substanzgenussschein einzulösen und das Realisat zum jeweiligen Tageskurs dem Treugeber auszuzahlen.

Dieser Treuhandauftrag wird durch Gegenzeichnung seitens des Treugebers zweiseitig rechtswirksam.

Der Treuhänder haftet nicht für möglichen, vom Treugeber verfolgten wirtschaftlichen oder steuerlichen Vorteil bzw Nachteil, sondern bloß für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln. Mit der Auszahlung des Realisats ist das Treuhandverhältnis beendet“.

Der Vertragstext dieser Urkunden spricht entgegen den Berufungsausführungen keineswegs gegen die Feststellungen des Erstgerichts. Hans Linz nahm das Geld treuhändig zur Veranlagung in Substanzgenussscheinen bei der AvW Invest AG entgegen. Er erhielt den Auftrag, die Veranlagung durchzuführen und alles zu tun und nichts zu unterlassen, um die bestmöglich Veranlagung bei der genannten Aktiengesellschaft zu verwirken.

Wenn das Erstgericht der Aussage des Zeugen Hans Linz keine überzeugende Beweiskraft beigemessen hat, kann darin eine unrichtige Beweiswürdigung nicht erblickt werden. Der Vertragstext ist so eindeutig, dass im Zusammenhang mit der Aussage des Klägers davon auszugehen ist, dass der Kläger dem Hans Linz den Betrag von insgesamt EUR 47.000,00 zur Veranlagung in Substanzgenussscheinen überlassen hat und keineswegs zur Beteiligung am Vermögen des Hans Linz. Auch wenn das Erstgericht in seiner rechtlichen Beurteilung

ausführte, Linz habe vorgegeben, für den Kläger AvW-Genussscheine zu erwerben bzw sie an seinen Genussscheinen zu beteiligen (US 10 letzter Absatz), ist aus dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen davon auszugehen, dass das Erstgericht ein Beteiligungsmodell am Vermögen des Hans Linz nicht festgestellt, sondern vielmehr verneint hat.

Das Berufungsgericht übernimmt daher zunächst die bekämpften Feststellungen insofern, als Hans Linz mit dem Kläger einen Treuhandvertrag schloss, indem sich Linz verpflichtete, den übergebenen Investitionsbetrag in Substanzgenussscheine der AvW Invest AG zu veranlagen.

Die disloziert in der rechtlichen Beurteilung enthaltene Feststellung, dass auch Hans Linz (wie die Finanzdienstleistungsassistenten der Beklagten) die Dienstleistungen laut "Berechtigungszertifikaten" im Namen und auf Rechnung der "Beklagten" erbrachten, ist durch die vom Erstgericht zitierten Beweismittel (Urkunden Beilagen ./C und ./O) nicht gedeckt.

Die Beilage ./C enthält eine Ermächtigung des [REDACTED] durch die AvW Invest AG, "Vermögensberatung für nicht komplexe Finanzinstrumente (übertragbare Wertpapiere gemäß § 1 Z 6 lit a WAG 2007) für Kunden, die ihre Vermittlung von Wertpapiergeschäften bei der AvW Invest AG durchführen lassen". Die Beilage ./O besteht aus einem Auszug (Seiten 12 bis 28) eines laut Beilagenverzeichnis zur Urkundenvorlage des Klägers Tagsatzungsprotokoll im Verfahren 50 Cg 42/09p des Landesgerichts Klagenfurt. Es enthält Aussagen der Zeugen Hans Linz, [REDACTED] und des dortigen Klägers [REDACTED]. Welche Aussage für das Erstgericht die bekämpfte Feststellung tragen soll, hat es nicht begründet; sie ergibt sich für Hans Linz auch nicht unmittelbar aus der Urkunde Beilage ./O.

Wenn der Kläger in seiner Berufungsbeantwortung das im Strafverfahren erstattete Gutachten des dortigen Sachverständigen Dr.Kleiner ins Treffen führt, wonach Hans Linz als Finanzdienstleistungsassistent der "Beklagten" anzusehen sei, ist ihm entgegenzuhalten, dass Dr.Kleiner diese Ausführungen unter dem Gesichtspunkt der Verträge des Hans Linz mit der AvW Invest AG tätigte.

Die von der Beklagten im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Feststellung über die Eigenschaft des Hans Linz als Finanzdienstleistungsassistent gerügte Aktenwidrigkeit ist demnach gegeben, weil sich aus keinem aufgenommenen Beweismittel ergibt, Hans Linz sei Finanzdienstleistungsassistent der AvW Gruppe AG gewesen. Ebenso aktenwidrig ist, dass Hans Linz Vorstandsmitglied der "Beklagten" (hier also die Schuldnerin AvW Gruppe AG) war. Die ebenfalls hinsichtlich der beiden Kapitalgesellschaften undifferenzierte Feststellung, Hans Linz habe am 30.März 1995 einen Exklusivvertrag für den Verkauf von Wertpapieren erhalten

und scheine noch am 30. September 2008 als Kunde der "AvW Werturkunden" und des "AvW Index" in der Kundenverwaltung der "Beklagten" gegründete Schlussfolgerung des Erstgerichts, dass Hans Linz die Funktion als Finanzdienstleistungsassistent neben seiner Vorstandstätigkeit bei der "Beklagten" ausgeübt habe, weshalb er nach Beendigung des Vorstandsvertrags weiterhin als Finanzdienstleistungsassistent der "Beklagten" tätig gewesen sei, beruht auf der falschen Annahme des Erstgerichts, Linz sei Vorstandsmitglied der hier nur mehr allein am Verfahren beteiligten Schuldnerin (AvW Gruppe AG) gewesen. An anderer Stelle (US 9 Abs 7) geht das Erstgericht aber offenbar wieder davon aus, Linz sei Vorstandsmitglied der AvW Invest AG gewesen.

Die bekämpfte Feststellung über die Eigenschaft als Finanzdienstleistungsassistent zeigt ebenso wie andere Teile des angefochtenen Urteils (etwa zweiter und dritter Absatz der US 6), dass das Erstgericht nicht zwischen den Rechtsbeziehungen des Hans Linz zur AvW Gruppe AG einerseits und der AvW Invest AG andererseits unterschieden hat. Die angefochtene Entscheidung ist offenbar von der vom Kläger vertretenen (AS 295) unzutreffenden Rechtsansicht getragen, eine Differenzierung sei deshalb entbehrlich, weil die beiden Gesellschaften wirtschaftlich eine Einheit bildeten; die Grundlage dafür sah das Erstgericht offenbar in der von ihm zitierten Entscheidung 8 Ob 104/11v (zur insolvenzrechtlichen Behandlung der hier anfangs beiden Beklagten). Darin führte der OGH zu der von ihm mangels gesetzlicher Grundlage verneinten "Konzerninsolvenz" aus: Der (vertragliche oder faktische) Konzern bedingt nur eine funktionale Wirtschaftseinheit der verbundenen Unternehmen. Die wirtschaftliche Einheitlichkeit einerseits und die rechtliche Einheit andererseits fallen somit auseinander. Die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit ändert aber nichts an der rechtlichen Selbständigkeit beider Gesellschaften (8 Ob 104/11v mwN).

Dem Kläger ist entgegenzuhalten, dass sich aus der Entscheidung 5 Ob 290/07 v zunächst nur ergibt, dass die Rechtsprechung eines Wissenszurechnung durch jene Personen (Wissensvertreter) annimmt, die – sowohl als selbständige Dritte als auch als Gehilfen – vom Geschäftsherrn damit betraut worden sind, Tatsachen, deren Kenntnis von Rechtserheblichkeit ist, entgegenzunehmen oder anzuzeigen. Soweit es auf das Wissen des Geschäftsherrn ankommt, wird ihm dabei das Wissen des Wissensvertreters als eigenes zugerechnet, weshalb die an sein Wissen geknüpften Rechtsfolgen zum Nachteil des Geschäftsherrn eintreten. Dem liegt der allgemeine Gedanke zugrunde, dass der Einsatz von Gehilfen, also die Rollenspaltung nicht zum Nachteil Dritter gehen dürfe und ansonsten der Einsatz eines Gehilfen eine Verschlechterung der vom Gesetzgeber im Sinne eines Interessenausgleichs vorgesehenen Rechtsposition Dritter mit sich brächte, weshalb der Geschäftsherr so zu behandeln sei, als wäre er selbst tätig geworden (5 Ob 290/07 v mwN).

Die teilweise aktenwidrigen und teilweise undifferenziert getroffenen Feststellungen des

Erstgerichts reichen - wie die Beklagte im Kern der geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel (einen primären Verfahrensmangel machte sie nicht geltend) zur abschließenden Beurteilung einer Haftung der AvW Gruppe AG für das treuwidrige Verhalten des Hans Linz aus dem klagsgegenständlichen Treuhandauftrag nicht aus. Es fehlen nämlich Feststellungen, aus denen der „Einsatz“ des Hans Linz als Gehilfe der AvW Gruppe AG gefolgert werden könnte.

Die aufgezeigten Mängel (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO sowie in der Urteilsfassung) müssen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

An dieser Stelle ist es geboten, die rechtlichen Grundlagen für die Haftung des Geschäftsherrn für seinen Erfüllungsgehilfen kurz darzulegen:

Die im Rahmen einer Sonderverbindung bestehende strenge Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen resultiert aus der Verfolgung konkreter eigener Interessen gegenüber dem Geschädigten. Dem Nutzen der Erweiterung des Aktionsradius entspricht die Tragung der damit verbundenen Risiken, zumal die Stellung des Gläubigers durch den Gehilfeneinsatz nicht verschlechtert werden darf. Erfüllungsgehilfe ist, wer zur Erfüllung einer bestehenden Sonderverbindung eingesetzt wird. Der Erfüllungsgehilfe muss mit Willen des Schuldners zwecks Erfüllung tätig sein. Dabei genügt, dass der Geschäftsherr in zurechenbarer Weise den Anschein einer Erfüllungsgehilfeneigenschaft erweckt. Auch selbständige Unternehmer können Erfüllungsgehilfen sein, wobei es nur darauf ankommt, dass der Unternehmer vom Geschäftsherrn zur Erfüllung herangezogen wurde. Entscheidend sind also die vertragliche Vereinbarung des Geschäftsherrn mit dem Dritten und die interpretative Ermittlung der jeweils übernommenen Leistungs- und Sorgfaltspflichten, zu deren Erfüllung man sich eines Gehilfen bedient. Gemäß § 313a ABGB (analog) hat man auch für Ausübungspersonen einzustehen, das sind Personen, deren man sich bei der Ausübung eines Rechtes bedient oder denen man diese überlässt. Der Geschäftsherr haftet nur für solche schädigende Handlungen des Gehilfen, die mit der Erfüllung in einem inneren Zusammenhang stehen; ein solcher ist jedenfalls bei Verletzung der Hauptleistungspflicht anzunehmen, und zwar auch bei Vorsatz des Gehilfen. Bei einer Verletzung von Schutzpflichten ist hingegen nur eine Schädigung bei der Erfüllung, nicht bloß gelegentlich der Erfüllung erfasst, wobei maßgeblich ist, ob das Verhalten des Gehilfen noch innerhalb des für den Geschäftsherrn wahrzunehmenden Pflichtenkreises liegt und ein sachlicher Zusammenhang mit dem Interessenverfolgungsprogramm des Geschäftsherrn besteht (vgl Karner in KBB⁴ § 1313a Rz 1ff mwN).

Im fortgesetzten Verfahren wird zunächst aufgrund der vom Berufungsgericht übernommenen Feststellungen davon auszugehen sein, dass Hans Linz mit dem Kläger einen Treuhandvertrag abschloss, in dem sich Linz verpflichtete, den übergebenen

Investitionsbetrag in Substanzgenussscheine (offenbar) der AvW Invest AG zu veranlagten.

Das Erstgericht wird die klägerische Behauptung, Hans Linz sei in einer der AvW Gruppe AG zurechenbare Weise deren Finanzdienstleistungsassistent gewesen, zu prüfen und zu begründen haben. Ein Finanzdienstleistungsassistent erbringt seine Leistungen im Namen und auf Rechnung einer Wertpapierfirma, eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens, eines österreichischen Kreditinstituts oder eines österreichischen Versicherungsunternehmens (§ 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007 in der bis 31. August 2011 geltenden Fassung). Auf Grund welcher Umstände Hans Linz solche Leistungen im Namen und auf Rechnung der AvW Gruppe AG oder der AvW Invest AG erbracht haben soll, ist erörterungsbedürftig.

Im Zusammenhang mit dem verfolgten Rechtsgrund der Gehilfenhaftung wird mit den Parteien zunächst zu erörtern und dann zu prüfen sein, auf Grund welcher Tatsachen von einem Wissens eines Organs der AvW Gruppe AG über die von Hans Linz übernommenen Treuhandaufträge oder einer Anscheins erweckung ausgegangen werden könnte. Unbestritten blieb das vom Kläger im Schriftsatz vom 12. September 2013 (ON 18) erstattete Vorbringen, Hauptaktionärin der AvW Invest AG sei seit 2001 die AvW Gruppe AG mit einem Anteil von rund 75 % der Aktien gewesen (AS 293) gewesen. Demnach könnte in weiterer Folge davon ausgegangen werden, die Entgegennahme von Treuhandaufträgen durch Hans Linz sei im Interessenverfolgungsprogramm der AvW Gruppe AG gelegen, sofern ein Organ der AvW Gruppe AG dem Hans Linz dies gestattet hat oder zumindest in irgendeiner Weise (nach außen hin) den Anschein erweckt hat, dies geschehe mit Billigung der AvW Gruppe AG. Letztlich werden auch Feststellungen über den Inhalt der „Partnervereinbarungen“ des Hans Linz mit der AvW Invest AG bzw allenfalls der AvW Gruppe AG zu treffen sein.

Aufgrund der mangelhaften Fassung des Urteils und der notwendigen ergänzenden Erörterung des Sachverhalts war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, diese selbst vorzunehmen, sondern konnte einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss fassen (vgl Kodek in Rechberger³ § 496 Rz 6 mwN).

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

Oberlandesgericht Graz, Abteilung 2
Graz, 4. September 2014
Dr. Peter Kirsch, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG