

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: rechtsanwalt@kanzlei-brandl.at

per WEB-ERV

Landesgericht Klagenfurt

Dobernigstraße 2

9020 Klagenfurt am Wörthersee

21Cg 164/12w

KLAGENDE PARTEIEN:

[REDACTED]

beide vertreten durch:

Dr. Erich Holzinger, Rechtsanwalt,
Rathausplatz 3, 8940 Lizen

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:

€ 497.800,00 s.A.

KLAGEBEANTWORTUNG

einfach

Direktzustellung gem. § 112 ZPO

Vollmacht gemäß § 30 (2) ZPO erteilt

In außen bezeichneter Rechtssache erstattet die beklagte Partei durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter, Herrn Dr. Gerhard Brandl, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt am Wörthersee, binnen der im Auftrag zur Klagebeantwortung genannten Frist nachstehende

KLAGEBEANTWORTUNG

und führt aus wie folgt:

Das Klagebegehren wird sowohl der **Gründe** als auch der Höhe nach bestritten.

1. Zum Verbindungsantrag:

Die beklagte Partei spricht sich nicht gegen den Verbindungsantrag der klagenden Parteien gem. § 187 ZPO aus.

2. Zur Klagslegitimation:

Richtig ist, dass über das der AvW Gruppe AG mit Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt vom 04.05.2010 zu 41 S 65/10x, das Konkursverfahren eröffnet und die beklagte Partei zur Masseverwalterin bestellt wurde.

Jedoch haben die klagenden Parteien – und dies nicht wie in Punkt 2.3. der Klage ausgeführt - bereits mit Forderungsanmeldung vom 29.10.2010 (ON 588) vertreten durch die Huainigg Dellacher & Partner Rechtsanwälte OG ihre Forderung zur Anmeldung gebracht und war die Forderungsanmeldung vom 26.06.2011 (ON 6677) schon aufgrund der Doppelanmeldung von der beklagten Partei zu bestreiten.

Des Weiteren wurde mit Anzeige der BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG, kurz BAWAG PSK Bank, eingegangen bei der AvW Invest AG am 24.04.2006, das Wertpapierdepot Nr. 60.051.85-1 bei der RBB Klagenfurt der klagenden Parteien in Höhe des gesamten Depotstandes mit

sämtlichen dazugehörigen Rechten an die BAWAG PSK Bank rechtswirksam verpfändet.

Ein Zustimmung der BAWAG PSK Bank liegt weder bezüglich des Rückkaufantrages der klagenden Parteien noch zur Einbringung gegenständlicher Klage vor und wird an dieser Stelle die **mangelnde Sachlegitimation der klagenden Parteien eingewendet.**

Beweis:

- Forderungsanmeldung der klagenden Parteien vom 29.10.2010 (ON 588),
- Anzeige der Verpfändung durch die BAWAG PSK Bank;

3. Zum Strafverfahren Dr. Auer-Welsbach:

Richtig ist das Vorbringen in Punkt 3. der Klage und wird diesbezüglich auf das zu GZ 18 Hv 163/10v geführte Strafverfahren des Landesgerichts Klagenfurt verwiesen.

Beweis:

- Akt zu 18 Hv 163/10v LG Klagenfurt,
- wie bisher,

4. Zum Kauf der Genussscheine durch die klagenden Parteien:

Die klagenden Parteien haben verfahrensgegenständliche Genussscheine wie folgt erworben:

Ankaufsdatum	Anzahl	Ankaufspreis je Genussschein	Ankaufspreis Genussscheine	Agio
16.01.2003	80	€ 1.570,80	€ 125.664,00	€ 3.141,60
16.01.2003	13	€ 1.570,80	€ 20.420,40	€ 510,51
27.02.2004	12	€ 1.806,33	€ 21.675,96	€ 541,91
27.01.2005	12	€ 2.021,40	€ 24.256,80	€ 606,42
20.05.2005	19	€ 2.125,50	€ 40.384,50	€ 1.009,61
29.08.2005	6	€ 2.196,25	€ 13.177,50	€ 329,44
28.09.2007	10	€ 2.880,30	€ 28.803,00	€ 720,08
Gesamt	152		€ 274.382,16	€ 6.859,56

Wie bereits vorstehend ausgeführt, wurde mit Forderungsanmeldung vom 29.10.2010 (ON 588) der Anspruch der klagenden Parteien nicht aufgrund des im Oktober 2008 veröffentlichten Genussscheinwertes angemeldet, sondern lediglich der sog. Vertrauensschaden (Genussscheinwert x Stückzahl zzgl. Agio und Zinsen).

Erst in der darauffolgenden Doppelanmeldung (ON 6677) wurde die Forderung der klagenden Parteien auf Basis des im Oktober 2008 veröffentlichten Genussscheinwertes zur Anmeldung gebracht.

5. Zum Rückkaufantrag der klagenden Parteien:

Darauf hingewiesen sei an dieser Stelle, dass die klagenden Parteien in ihrem Rückkaufantrag vom 29.10.2008, welcher ohne die Zustimmung der BAWAG PSK Bank erteilt wurde, die Überweisung an ein auf die klagenden Parteien lautendes Konto bei der Raiffeisen Bezirksbank St. Veit mit der Kontonr. 802843, BLZ 39475 beauftragten.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass aufgrund dieses Rückkaufantrages zum damaligen Zeitpunkt eine schuldbefreiende Leistung durch die AvW Gruppe AG bzw. AvW Invest AG nicht erfolgt wäre.

Beweis:

- Rückkaufantrag der klagenden Parteien vom 29.10.2008,
- wie bisher;

6. Zum Rechtsgrund Rückverkauf:

Wie die klagenden Parteien selbst mehrmalig in der Klage ausführen,

- beruhte der Vertragsabschluss auf **Täuschungen** (Seite 5 der Klage),
- hätten die klagenden Parteien auf Grundlage einer richtigen Beratung durch die Schuldnerin sowie deren Erfüllungsgehilfen **ihre Investments nicht getätigt** (Seite 5 der Klage) und

- wurden die klagenden Parteien anlässlich ihrer getätigten Investitionen hinsichtlich **wesentlicher Umstände getäuscht**.

Sohin kann zweifelsfrei festgestellt werden, dass die klagenden Parteien bei richtiger Beratung verfahrensgegenständliche Genussscheine **nie gekauft hätten**. Der Nachteil des Anlegers liegt bereits im Erwerb nicht gewünschter Vermögenswerte (OGH 11.05.2010 9 Ob 85/09d) und handelt es sich hier geradezu um den **klassischen Fall der fehlerhaften Anlageberatung**, die in gegenständlichem Fall eine strafgerichtliche Verurteilung des Dr. Auer- Welsbach zur Folge hatte.

Nunmehr behaupten die klagenden Parteien, dass diese vorgetäuschten Umstände Vertragsinhalt wurden und versuchen sich die klagenden Parteien scheinbar trotz gefestigter höchstgerichtlicher Judikatur zur fehlerhaften Anlageberatung - laut welcher geschädigten Anlegern der Vertrauensschaden zusteht - (OGH 23.02.2006, 8 Ob 123/05d; 11.05.2010, 9 Ob 85/09d; 05.07.2011, 4 Ob 62/11p; 31.01.2012, 1 Ob 251/11k; 18.10.2012, 4 Ob 140/12k; RS0125829; RS0120784 etc.) zu bereichern.

Dem ist unter Berufung auf den Rechtssatz RS0108267 des OGH entgegenzuhalten, dass ein Anlageberater nicht für das positive Vertragsinteresse haftet. Der Anleger kann nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Anlageberater pflichtgemäß gehandelt hätte, ihn also richtig aufgeklärt hätte. Der Anleger kann daher nicht die mit dem gekauften Wertpapier theoretisch zu erzielende Rendite fordern, sondern nur die Beträge, die er bei richtiger Beratung erzielt hätte.

Zumal die klagenden Parteien, mehrmals selbst ausführen, dass diese die verfahrensgegenständlichen Investments nie getätigt hätten, können diese nunmehr nicht die Erfüllung nicht gewünschter Anlageprodukte verlangen und diesbezüglich einen Gewinn lukrieren.

Zudem kann, wie im Folgenden noch darzulegen sein wird, der im Oktober 2008 veröffentlichte Kurswert als reines Phantasieprodukt des Dr. Auer Welsbach jedenfalls nicht als taugliche Bemessungsgrundlage eines Erfüllungsbegehrens darstellen.

Wenn die klagenden Parteien vermeinen, die von diesen angeführten Entscheidungen des Landesgerichts Klagenfurt und des OLG Graz („Causa Hahn“) sind in gegenständlichem Fall von Relevanz, so wird dem entgegengehalten, dass in diesen Verfahren, entscheidungswesentliche Tatsachen (Kurswert, Kursmanipulationen, Eigenkapitalthematik etc.) aufgrund des Neuerungsverbotes nicht releviert wurden, was im Teilurteil des OLG Graz 2 R 61/10y (22 Cg 146/09a) selbst aufgeworfen wurde.

6.1. Zum Kurswert der Genussscheine:

Im Punkt 7. „Die Kursentwicklung der Genussscheine“ (Seiten 351 bis 361) des vom Sachverständigen Dr. Kleiner zu 13 St 173/08x der StA Klagenfurt erstatteten Gutachtens wird im Wesentlichen Folgendes festgestellt:

- Die monatlichen Wertzuwächse (*Anm. der veröffentlichten Kurswerte*) lassen sich aus dem Vergleich der Monatswerte **nicht nachvollziehen** (Tz 1076).

- ... Daher wurden die Werte für die monatlichen Steigerungen mit dem Ziel der Richtigkeit der beabsichtigten Aufsummierung interpoliert bzw. **frei festgelegt** (Tz 1076).

- Dem Vertriebsleiter Harald Lintschnig war dies bekannt, und es habe ihn auch immer gestört, dass auf der Homepage immer **falsche Prozente** bei der Kursentwicklung angegeben wurden (Tz 1076).

- In Anlage FO./7 (*Anm. des Gutachtens*) erliegt ein nachträglich angefertigtes Telefonprotokoll vom 14.04.2008 mit Harlad Lientschnig, in dem dieser erwähnt, dass die **Genusscheinkurse** seitens der AvW **manipuliert** werden (Tz 1078).

- Laut Prüfbericht der BWA enthielten die Berechnungsblätter (*Anm. anhand derer die Kurswertberechnung erfolgte*) keine nachvollziehbaren Berechnungen, weshalb es der BWA nicht möglich war, festzustellen, wie der Kurs tatsächlich ermittelt wurde (Tz 1083).

- Daher stellt die BWA fest:“ Es kann im Hinblick auf die angewandten Methoden **von einer korrekten Vorgangsweise bei der Kursfestsetzung** für den AvW Genusschein **nicht ausgegangen** werden(Tz 1083).

- Bei den ausgewiesenen Kursen handelt es sich bis zur Börseneinführung um das **Resultat nicht nachvollziehbarer Einschätzungen, mathematischer Fehler** und deren **nachträglicher Kaschierung**.

- Die Kurse, die vom Skontoführer festgestellt wurden, lagen aus meiner Sicht ausschließlich im Ermessen der Gesellschaften, auf die Dr. Auer-Welsbach als Vorstand und mittelbarere Eigentümer de facto allein Einfluss hatte.

Aus dem Strafurteil zu 18 Hv 163/10v sei diesbezüglich wie folgt zitiert:

- „*Auf diesem Weg (Anm. Kontrolle über 95% der Aktien der AvW Invest AG) beeinflusste er (Anm. Dr. Auer-Welsbach) indirekt Wert und Kurs der Genusscheine, welcher Umstand eine wesentliche Voraussetzung für die Beschaffung weiteren, zur Finanzierung seiner Unternehmen notwendigen Kapitals am Genussseinmarkt war (Seite 28 des Urteils).*“

Beweis:

- Gutachten des SV Dr. Kleiner zu 13 St 173/08x der StA Klagenfurt,
- wie bisher;

Dass die klagenden Parteien auf Basis dieses durch Kursmanipulationen und Täuschungshandlungen erwirkten Kurswertes einen vertraglichen Anspruch geltend machen wollen ist keinesfalls nachvollziehbar.

7. Zum Schaden der klagenden Parteien:

Wie bereits ausgeführt, wurde Herr Dr. Auer Welsbach mit Urteil vom 31.01.2012, 18 Hv 163/10v, in Zusammenhang mit der Emission von Genussscheinen zu einer unbedingten Haftstrafe von 8 Jahren ua, wegen schwerem gewerbsmäßigen Betruges (Kursmanipulation, Täuschung der Anleger), Bilanzfälschung, betrügerischer Krida und Untreue verurteilt. Im Rahmen dieses Strafverfahrens wurde festgestellt, dass es sich bei dem im Oktober 2008 veröffentlichten Kurswert von € 3.275,-- um ein reines Phantasieprodukt des Dr. Auer Welsbach handelt.

Beweis:

- Strafurteil des LG Klagenfurt vom 31.01.2011 zu GZ 18 Hv 163/10v;

Aufgrund dessen vertritt die beklagte Partei in Anlehnung an herrschende höchstgerichtliche Judikatur sowie Lehrmeinung den Standpunkt, dass Genussscheininhabern allenfalls ein Schadenersatzanspruch in Höhe des Vertrauensschadens (maximal) zusteht.

Dieser ist nach der sogenannten Differenzenmethode (9 Ob 85/09d, 6 Ob 231/10d, 7 Ob 77/10i, 6 Ob 28/12d, siehe dazu weiters *Wilhelm* Zur Haftungs begründung und Haftungserfüllung bei Anlegerschaden *ecolex* 2010, 233, *Graf* Was ist der Schaden des geschädigten Anlegers? *ecolex* 2011, 391, *Kodek* Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden ÖBA 2012, 12) zu berechnen. **Demnach ist der**

geschädigte Anleger so zu stellen, wie er stünde, wenn ihm die zutreffenden Informationen erteilt worden wären (RIS-Justiz RS0108267).

In gegenständlichem Verfahren kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass die klagenden Parteien bei Erteilung der korrekten Informationen verfahrensgegenständliche Genussscheine nie erworben hätten (siehe dazu auch Seite 5 der Klage). Sog. lieg der Schaden der klagenden Parteien, wie vorstehend ausgeführt bereits im Erwerb nicht gewünschter Vermögenswerte und steht den klagenden Parteien allenfalls ein Schadenersatzanspruch in Höhe des Vertrauensschadens (maximal) zu.

Konkret berechnet sich der, den klagenden Parteien allenfalls zustehende Vertrauensschaden wie folgt:

Ankaufsdatum	Anzahl	Ankaufspreis je Genussschein	Ankaufspreis Genussscheine	Agio	Zinsen (4% p.a) ¹	Vertrauensschaden ²
16.01.2003	80	€ 1.570,80	€ 125.664,00	€ 3.141,60	€ 15.456,67	€ 144.262,27
16.01.2003	13	€ 1.570,80	€ 20.420,40	€ 510,51	€ 2.511,71	€ 23.442,62
27.02.2004	12	€ 1.806,33	€ 21.675,96	€ 541,91	€ 2.666,14	€ 24.884,00
27.01.2005	12	€ 2.021,40	€ 24.256,80	€ 606,42	€ 2.983,59	€ 27.846,81
20.05.2005	19	€ 2.125,50	€ 40.384,50	€ 1.009,61	€ 4.967,29	€ 46.361,40
29.08.2005	6	€ 2.196,25	€ 13.177,50	€ 329,44	€ 1.620,83	€ 15.127,77
28.09.2007	10	€ 2.880,30	€ 28.803,00	€ 720,08	€ 3.067,16	€ 32.590,24
Gesamt	152		€ 274.382,16	€ 6.859,56	€ 33.273,39	€ 314.515,11

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die beklagte Partei den Standpunkt vertritt, dass unabhängig davon welche Anspruchsgrundlage (sei dies Anfechtung des Vertrages nach § 874 ABGB, §871 ABGB, culpa in contrahendo, Prospekthaftung etc., siehe dazu Pkt. 11 bis 17 der Klage) die klagenden Parteien geltend machen, diesen allenfalls (und maximal) ein Schadenersatzanspruch in Höhe des entstandenen Vertrauensschadens – also Ankaufspreis zzgl. Agio und Zinsen – zusteht. Bei diesem Vertrauensschaden von maximal € 314.515,11 handelt es sich aber - wie im Folgenden

¹ Zinsen: nicht verjährte Zinsen ab Kaufdatum bis zur Konkurseröffnung am 04.05.2010

² Vertrauensschaden: Ankaufspreis Genussscheine + Agio + gesetzliche Zinsen

noch darzulegen sein wird – um eine nachrangige Forderung und um **keine Insolvenzforderung**.

8. Zur insolvenzrechtlichen Qualifikation der Forderung der klagenden Parteien:

Vorab sei an dieser Stelle festgehalten, dass zur insolvenzrechtlichen Qualifikation der verfahrensgegenständlichen Ansprüche keinerlei höchstgerichtliche Judikatur existiert. Es werden jedoch diesbezüglich immer wieder mehrere höchstgerichtliche Entscheidungen (u.a. OGH 30.3.2011 7 Ob 77/10i, OGH 15.3.2012 6 Ob 28/12d) ins Treffen geführt (siehe Punkt 15.4 der Klage). Dies um zu beweisen, dass es sich bei den Forderungen der Genussscheininhaber um Drittgläubigeransprüche und somit Insolvenzforderungen handle.

Die beklagte Partei vertritt im Hinblick auf die insolvenzrechtliche Qualifikation der Forderung von Genussscheininhabern jedoch folgenden Standpunkt:

Kein Konkursteilnahmeanspruch nach Maßgabe der WEB-Entscheidungen des OGH:

Genussscheine sind im österreichischen Recht nur sehr rudimentär geregelt, ihre gesellschaftsrechtliche Erwähnung findet sich in § 174 AktG. Gemeinsam ist den verschiedensten Ausgestaltungen von Genussrechten, dass auf schuldrechtlicher Basis Kapital gegen Gewährung einer Gewinnbeteiligung überlassen wird.

Bei den verfahrensgegenständlichen AvW-Genussscheinen liegt nicht nur das Merkmal einer Beteiligung am Gewinn (§ 4 Genussscheinbedingungen) sowie am Liquidationserlös (§ 7 Genussscheinbedingungen) vor, sondern ist die im § 4 Genussscheinbedingungen geregelte allgemeine Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft auch als eine vereinbarte Verlustteilnahme anzusehen.

Beweis:

- Genussscheinbedingungen;

Daraus ergibt sich, dass das Rechtsverhältnis zwischen den klagenden Parteien als Genussscheininhabern und der beklagten Partei als (atypische) stille Gesellschaft zu qualifizieren ist. Überdies entsprechen sich stille Gesellschaft und Genussrecht nicht nur in der Einräumung von Vermögensrechten sondern ist auch die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, nämlich einer gemeinsamen Gewinnerzielungsabsicht Gegenstand dieser gesellschaftlichen Verbindungen.

Die konkursrechtliche Stellung von atypischen stillen Gesellschaftern (und damit auch jene der Genussscheininhaber) wurde in der österreichischen Judikatur in den WEB- Verfahren behandelt. In diesen Verfahren hat der OGH judiziert, dass sich aus einer Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert eine Stellung des Stillen als Mitunternehmer ergibt und diesem daher kein Konkursteilnahmeanspruch zusteht (OGH 28.9.1995, 8 Ob 4, 5/95, SZ 68/195; 21.12.1995, 8Ob 7/95; 8 Ob 39/95; 24.7.1996, 8Ob 2124/96b; vgl auch RIS-Justiz RS0075202 und RIS-Justiz RS0062141).

Darüber hinaus wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass eine Beteiligung am Liquidationserlös sowie eine Substanzbeteiligung des Genussscheininhabers gegen eine Fremdkapitalqualifikation des Genussrechtes spricht (*Frotz/Spitznagel* Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung von Genussrechten ZUS 201/32, 103). Daher handelt es sich bei der Klagsforderung um (nachrangiges) Eigenkapital und somit keine Insolvenzforderung.

Entsprechend der getroffenen vertraglichen Abreden - wie vorstehend bereits dargelegt - sind verfahrensgegenständliche Genussrechte nach Auffassung der beklagten Partei als Eigenkapital zu qualifizieren.

Im Besonderen sind die verfahrensgegenständlichen Genussrechte als aktienähnliche Genussrechte zu qualifizieren, welche dadurch gekennzeichnet sind, dass sie eine Beteiligung sowohl am laufenden Gewinn als auch am Liquidationserlös gewähren.

Eine derartige Ausgestaltung legt es nahe, dass für die Genussrechte in die Gesellschaft einbezahlte Kapital als **materielles Eigenkapital** zu qualifizieren (*Schragl/Stefaner Handbuch Genussrechte 2010, 22*).

Laut herrschender Rechtsprechung des VwGH ist für den Ausweis einer schuldrechtlich begründeten Kapitalüberlassung als bilanzielles Eigenkapital maßgeblich, dass die Summe der Eigenkapitalkriterien die des Fremdkapitals in Qualität und Quantität überwiegt (VwGH 92/16/0025; 98/14/0131; 2005/14/0018).

Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Genussrechte überwiegt die Summe der Eigenkapitalkriterien aufgrund:

- der Gewinnabhängigkeit der Vergütung,
- der Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationserlös,
- der vereinbarten Verlustteilnahme sowie
- des Fehlens einer Besicherung.

Sohin liegt auch nach steuerrechtlichen Gesichtspunkten Eigenkapital vor und kann der Eigenkapitalcharakter der verfahrensgegenständlichen Genussrechte auch unter Berufung auf die Entscheidung 1Ob 105/10p nicht wegargumentiert werden. Zwar hat der OGH den Genussscheininhabern im Rahmen dieser Entscheidung ein außerordentliches sowie ein ordentliches Kündigungsrecht zuerkannt, dem ist jedoch entgegenzusetzen, dass auch die stille Gesellschaft kündbar ist, ohne dass sich dadurch etwas an der Qualifikation der Einlagen als konkursrechtliches Eigenkapital ändern würde. Die konkursrechtliche Eigenkapitalqualifikation resultiert nämlich nicht aus einem Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit, sondern aus der impliziten Nachrangigkeitsabrede, die sich aus der Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert ergibt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass verfahrensgegenständliche Genussrecht sowohl nach gesellschaftsrechtlichen als auch nach steuerrechtlichen Gesichtspunkten

im Sinne einer langen Rechtstradition des OGH als Eigenkapital zu qualifizieren sind und sohin die Schadenersatzansprüche geschädigter Anleger in der Insolvenz der Gesellschaft den Ansprüchen der Fremdkapitalgeber nachrangig sind.

Kein Konkursteilnahmeanspruch ungeachtet der Entscheidung 7 Ob 77/10i:

Die von anderen Genussscheininhabern ins Treffen geführte Entscheidung des OGH 7 Ob 77/10i kann aufgrund heftiger Kritik in der österreichischen Literatur keinesfalls als Grundsatzentscheidung angesehen werden. Vor allem angesichts der offenkundigen Defizite der Entscheidungsbegründung, insbesondere auch der Außerachtlassung aktueller Literatur und der darin vorgebrachten Argumente ist diese Entscheidung äußerst kritisch zu betrachten (*Karollus Neues zur Prospekthaftung ÖBA 2011, 450*).

Bei der Entscheidungsfindung hat der OGH aktuelle Beiträge zur Prospekthaftung (*Eckert, GesRZ 2010, 88; Gruber, GesRZ 2010, 73, Karollus, ZFR 2010, 50*) unberücksichtigt gelassen. In all diesen Beiträgen wird - aus verschiedensten Gründen - die Rechtsauffassung vertreten, **dass die Kapitalerhaltungsvorschriften Vorrang vor den Schadenersatzansprüchen der Anleger haben.**

Die wesentlichen Kritikpunkte an der Entscheidung 7 Ob 77/10i sind laut *Karollus* (*Karollus Neues zur Prospekthaftung ÖBA 2011, 450ff*):

- unrichtige Darstellung des Meinungsstandes der österreichischen Literatur:
Bei der vom 7. Senat bezogen Position zum unbedingten Vorrang der Prospekthaftung handelt es sich jedenfalls um **die Mindermeinung**;
- fehlerhafte Auseinandersetzung mit der zu vergleichbaren Fragen ergangenen Vorjudikatur (*8 Ob 12/93, 8 Ob 7/95, 8 Ob 39/95, 8 Ob 2124/96b*), die Ersatzansprüche von Eigenkapitalgebern zur Gänze ablehnte, **da im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft das Gesellschaftskapital nicht durch Schadenersatzansprüche einzelner Anleger ausgezehrt werde solle**;
- inhaltliche Argumente des 7. Senates nicht nachvollziehbar:

Die Argumente, die der 7. Senat für den Vorrang der Anlegeransprüche angeführt hat vermögen nicht zu überzeugen. Dazu folgendes Zitat aus *Karollus Neues* zur Prospekthaftung ÖBA 2011, 450ff:

„Insgesamt reduziert sich damit alles auf eine einzige These: Das Kapitalmarktrecht will den Aktionär nicht als solchen, sondern als Gläubiger ("Anleger") behandelt wissen. Worin der Unterschied zu allgemeinen Schadenersatzansprüchen (auch solchen auf Grund einer arglistigen Täuschung oder einer Prospekthaftung aus culpa in contrahendo) oder zum Recht der Willensmängel liegen soll, vermögen weder der 7. Senat noch Rüffler (auch nicht in der Antikritik aus 2010) zu erklären. Das Ganze bleibt vielmehr eine bloße Behauptung, mit der dem für richtig erachteten Ergebnis der Anschein einer rechtsdogmatischen Begründung verliehen werden soll. Dahinter steht offenbar folgendes Vorverständnis: Die Emittentenhaftung soll Vorrang haben, weil sie nun einmal im Gesetz steht und weil man die "Bösewichte" am Kapitalmarkt sanktionieren will. Dass dies die Gläubiger und die anderen Aktionäre (ebenso schutzwürdige "Anleger") der Emittentin schädigen kann, und dass damit von einer langjährigen Rechtstradition im Gesellschaftsrecht abgewichen wird, die genau derartige Folgen verhindern will, spielt keine Rolle.“

Eine weitere Kritik am Vorrang der Prospekthaftung vertritt *Gruber* in seinem Beitrag Prospekthaftung der AG versus Kapitalerhaltung (GesRZ 2010, 73ff): Zusammenfassend wird (auch) von *Gruber* folgende Auffassung vertreten, der sich die Masseverwalterin ausdrücklich anschließt:

„1. Der Prospekthaftungsanspruch des Aktionärs gegen die AG ist ein Anspruch causa societatis und daher wegen des zum Schutz der Gläubiger zwingenden Verbots der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG) unzulässig. § 11 Abs 1 Z 1 KMG ist daher für den Fall der Aktienemission dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass die AG als Emittentin keine Prospekthaftung gegenüber ihren Aktionären trifft.“

2. Gegen die Einordnung des Prospekthaftungsanspruchs als Drittgläubigeranspruch spricht vor allem die Tatsache, dass es sich um einen Anspruch wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (*culpa in contrahendo*) handelt und damit ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Begründung der Mitgliedschaft des Aktionärs besteht.

3. Wer einen Prospekthaftungsanspruch des Aktionärs gegen die AG zulassen will, gerät in unlösbare Wertungswidersprüche zur Lehre vom fehlerhaften Verband (Beitritt), somit zu einem gesicherten Grundsatz des Gesellschaftsrechts. ...“

Unter Hinweis auf die vorstehenden Rechtausführungen und Zitate vertritt die beklagte Partei den Standpunkt, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften jedenfalls Vorrang vor den Ersatzansprüchen der Anleger haben und es sich somit bei der verfahrensgegenständlichen Forderung der klagenden Parteien um keine Insolvenzforderung handelt.

Kein Konkursteilnahmeanspruch laut der Entscheidung 6 Ob 28/12d vom 15.03.2012 des OGH:

Diese Entscheidung ist hinsichtlich der gegenständlichen Genussscheine von größter Relevanz, da der 6. Senat des OGH darin zwar die Entscheidung 7 Ob 77/10i bestätigt, jedoch klarstellt, dass mit dieser Entscheidung über den Rang von Schadenersatzforderungen im Insolvenzfall noch nichts ausgesagt ist.

Aus dieser Entscheidung zitiert die beklagte Partei wie folgt:

„6.2. Im Übrigen ist mit der Bejahung der Haftung der Gesellschaft für Verstöße gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften über den Rang der daraus ~~resultierenden~~ Ansprüche im Insolvenzfall noch nichts ausgesagt. Darauf kann im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen werden. Teile der Lehre in Deutschland plädieren jedenfalls dafür, nach dem Vorbild des US Bankruptcy Code 11 USC 510b im Falle der Insolvenz die Ansprüche der geschädigten Aktionäre im Sinn des § 39

InsO im Rang hinter die Forderungen der Fremdgäubiger zurücktreten zu lassen (Langenbacher, Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung, ZIP 2005, 239 [243 ff]; Baums, Haftung wegen Falschinformation des Sekundärmarkts, ZHR 167 [2003] 139 [170]; Brellocks, Publizität und Haftung von Aktiengesellschaften im System des Europäischen Kapitalmarktrechts [2005] 243; Hopt/Voigt, Prospekt- und Kapitalinformationshaftung - Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA, WM 2004, 1801 [1803]; Möllers, Das Verhältnis der Haftung wegen sittenwidriger Schädigung zum gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatz - EM.TV und Comroad, BB 2005, 1637 [1642]).“

Die vorstehend genannten Ausführungen bestätigen im Wesentlichen den, von der beklagten Partei zum Thema der insolvenzrechtlichen Qualifikation allfälliger Schadenersatzforderungen bereits vorgebrachten Rechtsstandpunkt (= allfällige Schadenersatzforderungen der Genussscheininhaber sind nachrangige Forderungen), bei welchem es sich offenbar um einen Trend in der internationalen Rechtsprechung handelt.

Die beklagte Partei wird daher kostenpflichtige Klagsabweisung beantragen.

Für den Fall, dass das Gericht zum Ergebnis kommen sollte, dass den klagenden Parteien eine Insolvenzforderung zusteht, wäre die Höhe dieser Insolvenzforderung mit dem Vertrauensschaden von € 314.515,11 zu limitieren.

Mag.MaS./tu
Klagenfurt, am 2013.01.22
[REDACTED]

Insolvenzverwaltungs-ges.m.b.H.
als MV im Konkurs AvW Gruppe AG