

An  
LG Klagenfurt  
Josef Wolfgang Dobernigstraße  
2  
9020 Klagenfurt  
DVR: 0000550825

**RECHTSSACHE:**

**1. Klagende Partei**

[REDACTED]

**Klagevertreter**

Mag. iur. Oliver Lorber Rechtsanwalts GmbH

St. Veiter Ring 51/II

9020 Klagenfurt

Telefon: 0463/57950

Einziehungskonto IBAN: AT21 5200 0000 0127 6620 BIC: HAABAT2K

**1. Beklagte Partei**

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

Kardinalschütt 7

9020 Klagenfurt

**Rechtsanwalt**

Dr. Gerhard BRANDL, Rechtsanwalt

Kardinalschütt 7

9020 Klagenfurt

**WEGEN:** Feststellung Streitwert EUR 605.875,--; Berufungsinteresse EUR 245.523,81

**Berufung**

1 Beilage

**Elektronisch eingebracht am 07.01.2014, 1 fach**

P730264

Mag. iur. Oliver Lorber Rechtsanwalts GmbH

St. Veiter Ring 51/II

9020 Klagenfurt, Österreich

Zeichen: 489/08

999 Nc 177/14 t

## Berufung

In außen bezeichneter Rechtssache wurde das Endurteil des LG Klagenfurt, 21 Cg 90/09h vom 22.11.2013 meiner ausgewiesenen Vertreterin am 26.11.2013 zugestellt.

Innerhalb offener Frist erstatte ich durch meine ausgewiesene Vertreterin gegen dieses Endurteil nachstehende an das OLG Graz als Berufungsgericht gerichtete

### BERUFUNG

und gebe die

### ERKLÄRUNG

ab, dieses Endurteil insoferne anzufechten, als das Klagemehrbegehren, es werde gegenüber der (erst)beklagten Partei festgestellt, dass mir im Insolvenzverfahren der AvW-Gruppe AG, 41 S 65/10x des LG Klagenfurt, eine weitere Insolvenzforderung in der Höhe von restlich EUR 245.523,81 zustehe, abgewiesen wurde.

Als Berufungsgründe mache ich geltend:

- I. Mangelhaftigkeit des Verfahrens und**
- II. unrichtige rechtliche Beurteilung.**

Diese Berufungsgründe führe ich folgendermaßen aus:

#### I. Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

1. Im gegenständlichen Verfahren beantragte ich die Beischaffung des Aktes 18 Hv 163/10v des LG Klagenfurt zum Beweis für die Richtigkeit meines Prozessvorbringens im Schriftsatz vom 01.10.2013. Auch die beklagte Partei beantragte die Einsichtnahme in das Gutachten des Sachverständigen Dr. Kleiner zu 13 St 173/08x der Staatsanwaltschaft Klagenfurt (erliegend auch im Akt 18 Hv 163/10v des LG Klagenfurt).

2. Das Erstgericht nahm im angefochtenen Urteil zwar auf den Akt 18 Hv 163/10v des LG Klagenfurt Bezug, wobei es ausdrücklich auch aus diesem Urteil zitierte (siehe Ersturteil, Seite 3; dies allerdings aufgrund entsprechender Außerstreitstellungen der Parteien), weiters erfolgte auf Seite 7 des angefochtenen Urteiles auch eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen Dr. Kleiner, wonach kein Pyramidenspiel vorlag.

Seit der Zivilverfahrensnovelle 2002 ist zwar die Verlesung von Akten aus anderen Verfahren nicht mehr erforderlich, um diese als Beweismittel in einem Zivilprozess zu verwenden. Es kann dem Gerichtsakt allerdings nicht entnommen werden, ob und in welchem Umfang das Erstgericht die beantragte Einsichtnahme in die vorstehend zitierten Akten des LG Klagenfurt und der Staatsanwaltschaft Klagenfurt, insbesondere in das Gutachten des Sachverständigen Dr. Kleiner vornahm.

3. Aus Gründen prozessualer Vorsicht wird daher die unterbliebene Beweisaufnahme durch Einsichtnahme in diese Akten, insbesondere das Gutachten des Sachverständigen Dr. Friedrich Kleiner, als Verfahrensmangel gerügt. Für die im Umfange der Anfechtung klagsabweisende Entscheidung des Erstgerichtes wesentlich war nämlich dessen Rechtsansicht, wonach es sich "bei den AvW-Genussscheinen um ein sogenanntes Schneeballsystem (Pyramidenspiel)handelte". Diese Rechtsansicht ist meines Erachtens unzutreffend, worauf in der Rechtsrüge noch näher einzugehen ist. Für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen der Gemeinschuldnerin als Emittentin von AvW-Genussscheinen und mir als Genussscheinerwerber wäre es jedoch wesentlich gewesen, eine umfassende Entscheidungsgrundlage zu schaffen, wozu es insbesondere auch der Einsichtnahme in das Gutachten des Sachverständigen Dr. Friedrich Kleiner aus dem Strafverfahren gegen Dr. Wolfgang Auer Welsbach und andere bedurfte, zumal in diesem Gutachten dieses Rechtsverhältnis überaus umfassend und eingehend beschrieben wird und die dortige Darstellung dieser Beziehung zwischen Genussscheinemittentin und Genussscheinerwerber eine in Anbetracht ihrer hohen fachlichen Qualität zweifellos taugliche Grundlage dargestellt hätte, um auch die Schlussfolgerungen in rechtlicher Hinsicht treffen zu können, insbesondere für die Qualifikation als Pyramidenspiel/Schneeballsystem. Auf der Grundlage der nach Verwertung des Gutachtens des Sachverständigen Dr. Friedrich Kleiner aus dem Strafverfahren gebotenen Tatsachenfeststellungen über den Inhalt der geschäftlichen Beziehung zwischen Genussscheinemittentin und

Genussscheinerwerber wäre es nämlich möglich gewesen, in rechtlicher Hinsicht die Schlussfolgerung zu ziehen, dass von einem Schneeballsystem/Pyramidenspiel nicht gesprochen werden kann. Dies hätte bei richtiger rechtlicher Beurteilung in weiterer Folge auch zu einer klagsstattgebenden Entscheidung auch im Umfange des im Berufungsverfahren strittigen Teilbegehrens führen müssen. Der aufgezeigte Verfahrensmangel ist daher auch wesentlich.

4. Daran vermag auch die Ansicht des Erstgerichtes nichts zu ändern, dass es sich bei der Beurteilung, ob ein Pyramidenspiel vorliegt, um eine Rechtsfrage und nicht um eine Sachverständigenfrage handelt. Es handelt sich dabei nämlich in der Tat um eine "gemischte Frage", wobei die rechtliche Beurteilung ausschließlich auf der Grundlage eines dem angefochtenen Urteil, dies auch aufgrund des aufgezeigten Verfahrensmangels, fehlenden Tatsachensubstrates in der vom Erstgericht vorgenommenen Form meines Erachtens noch nicht möglich ist.

5. Nach Behebung dieses Verfahrensmangels hätte das Erstgericht jedenfalls zur Schlussfolgerung gelangen müssen, dass das System der Gemeinschuldnerin auch ohne eine ständig wachsende Anzahl von Teilnehmern funktionieren hätte können, welche wesentliche Tatsachenfeststellung durch die Verwertung des im Akt 13 St 167/08x der Staatsanwaltschaft Klagenfurt erliegenden Gutachtens des Sachverständigen Dr. Friedrich Kleiner geschöpft werden hätte können. Dieser Umstand alleine hätte jedoch im Rahmen der rechtlichen Qualifikation der Annahme eines Schneeballsystems/Pyramidenspiels entgegenstehen müssen und somit zu einer Verneinung dieser Frage führen müssen, was in weiterer Folge im oben aufgezeigten Sinn zu einer klagsstattgebenden Entscheidung im Umfange des Berufungsinteresses führen hätte müssen.

## **II. Unrichtige rechtliche Beurteilung:**

1. Das Erstgericht entschied mit dem angefochtenen Urteil über jenen Teil des Klagebegehrens, der den von der beklagten Partei anerkannten Betrag der von mir als Konkursforderung angemeldeten Forderung

überstieg, wobei das Erstgericht im Wesentlichen - mit Ausnahme eines geringen Zuspruches an als Insolvenzforderung zu Recht bestehend angesehener Prozesskosten - im klagsabweisenden Sinn entschied.

Der vom Erstgericht abgewiesene Teil meines Klagebegehrens entspricht somit im Wesentlichen der Differenz zwischen dem von der beklagten Partei anerkannten Betrag der von mir angemeldeten Konkursforderung von EUR 1.681,70 (Ankaufspreis je Genussschein) für 185 Genussscheine und dem verfahrensgegenständlichen Betrag meiner diesbezüglichen Forderung, welche von mir ermittelt wurde unter Zugrundelegung des im Oktober 2008 veröffentlichten Indexkurswertes von EUR 3.275,-- pro Genussschein, wobei die Differenz zwischen diesen beiden Positionen mal 185 den Berufungsstreitwert von EUR 245.523,81 sogar überschreitet.

2. In der rechtlichen Beurteilung des angefochtenen Urteiles wurde zunächst ausgeführt, dass es zur Klassifikation dieses Anspruches einer Überprüfung bedarf, auf welche Anspruchsgrundlagen ich mich stütze. Das Erstgericht prüfte demzufolge zutreffenderweise zunächst den Anspruch, der auf die Erfüllung der Rückkaufverpflichtung gestützt wurde. Das Erstgericht sah meinen Anspruch jedoch als nicht zu Recht bestehend an, weil es den Vertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und mir als nichtig qualifizierte. Das Erstgericht erblickte in diesem Vertrag ein "sogenanntes Schneeballsystem (Pyramidenspiel)" und vertrat die Ansicht, dass ich lediglich das eingesetzte und verlorene Geld herausverlangen könne.

3. Zur Begründung dieser Rechtsansicht stützte sich das Erstgericht auf höchstgerichtliche Judikatur, namentlich die Entscheidungen 3 Ob 231/12k, 4 Ob 165/12m und 2 Ob 248/12b. Nach Ansicht des Erstgerichtes habe darin der Oberste Gerichtshof "AvW-Genussscheine als sogenanntes Schneeballsystem (Pyramidenspiel)" qualifiziert.

Dem ist entgegenzuhalten, dass alle diese Entscheidungen in Verfahren ergingen, welche von AvW-Genussscheininhabern eingeleitet wurden zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber der Abschlussprüferin der AvW-Gruppe AG und AvW-Invest AG, der Moore Stephens Ehrenböck Wirtschaftsprüfung Steuerberatung GmbH. In allen diesen Verfahren wurde von den jeweiligen Klägern Schadenersatz im Umfang der für den Genussscheinerwerb eingesetzten Kaufpreise begehrt, sodass der OGH (wie auch die Unterinstanzen) sich in allen diesen Verfahren mit der Rechtsfrage, ob den Genussscheininhabern gegenüber der Genussscheinemittentin ein Anspruch

auf Erfüllung (Rückkauf zum jeweiligen Kurspreis) zusteht, überhaupt nicht zu befassen hatte. Soweit der Begründung der angefochtenen Entscheidungen entnommen werden kann, erfolgte die Qualifikation der AvW-Genussscheine als Schneeballsystem lediglich - ohne unmittelbare Entscheidungsrelevanz in diesem Verfahren - als obiter dictum, dies anknüpfend an diesbezügliches, offenbar unstrittiges, Parteinvorbringen. Die vom Erstgericht zitierten Entscheidungen können keinesfalls so verstanden werden, dass der OGH selbst eine derartige Qualifikation vornahm.

4. Soweit sich das Erstgericht mit einem entsprechenden Einwand der beklagten Partei auseinandersetzen hatte, hätte es richtigerweise die Beurteilung, ob das Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinschuldnerin und mir in der Weise zu qualifizieren ist, dass ich praktisch an einem verbotenen Glücksspiel im Sinne eines Schneeballsystems/Pyramidenspiels teilnahm, selbst vornehmen müssen. Nach dem festgestellten Sachverhalt betrug der im Oktober 2008 veröffentlichte AvW-Indexkurswert EUR 3.275,--. Wesentliche Bedingung für meinen Genussscheinerwerb war die schriftliche Bestätigung durch die Gemeinschuldnerin, dass die erworbenen AvW-Genussscheine jederzeit zum aktuellen AvW-Indexkurs über die AvW-Invest AG zurückgekauft werden (Ersturteil, Seite 4).

Es steht weiters fest, dass bei richtiger Beratung von einem Erwerb der Genussscheine Abstand genommen hätte und keine Genussscheine gekauft hätte.

Alleine auf der Grundlage dieser Feststellungen hätte das Erstgericht bei richtiger rechtlicher Beurteilung das Vorliegen eines Schneeballsystems/Pyramidenspiels verneinen müssen.

5. Dazu hätte das Erstgericht sich zunächst mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob das Vertragsverhältnis zwischen der Gemeinschuldnerin und mir überhaupt als Glücksvertrag im Sinne der Bestimmungen der §§ 1267 f ABGB qualifiziert werden kann. Nur bei Bejahung dieser Frage hätte das Erstgericht sich damit auseinandersetzen können, ob ein verbotenes Spiel, welches nach § 879 ABGB nichtig ist, vorliegt.

Um diese Beurteilung vornehmen zu können, hätte das Erstgericht sich keinesfalls bloß auf einen Hinweis auf Judikatur des OGH stützen dürfen, welcher diese Beurteilung in dieser Form keinesfalls trägt, sondern Tatsachenfeststellungen über das Geschäftsmodell der Gemeinschuldnerin treffen müssen.

Sollte man der Auffassung sein, dass der festgestellte Sachverhalt für die Beurteilung dieser Frage nicht ausreichend ist, so muss davon ausgegangen werden, dass das angefochtene Urteil insoferne mit entscheidungswesentlichen Feststellungsmängeln behaftet ist, wobei nach Behebung dieser Feststellungsmängel das Erstgericht zum Schluss gelangen hätte müssen, dass von einem Glücksspiel im Verhältnis zwischen Gemeinschuldnerin und mir schon deshalb nicht gesprochen werden kann, weil meine Interessen als Anleger bereits intentional in keiner Weise darauf abzielten, an einem Glücksspiel teilzunehmen, sondern das Investment in AvW-Genussscheine von mir - gerade auf der Grundlage der Informationspolitik der Gemeinschuldnerin - als durchaus seriöse und übliche Veranlagung, keinesfalls jedoch als Glücksspiel verstanden werden musste.

Zu derartigen Tatsachenfeststellungen hätte das Erstgericht insbesondere nach Behebung des unter Punkt I. meiner Berufung aufgezeigten Verfahrensmangel durch Verwertung des Gutachtens des Sachverständigen Dr. Friedrich Kleiner aus dem Strafverfahren gegen Dr. Auer Welsbach gelangen müssen. Bereits der festgestellte Sachverhalt lässt jedoch meines Erachtens die Schlussfolgerung zu, dass ein Glücksspiel überhaupt nicht vorlag.

6. Noch weniger hätte ein Schneeballsystem oder Pyramidensystem bejaht werden dürfen. Dabei handelt es sich per definitionem um Geschäftsmodelle, die zum Funktionieren eine ständig wachsende Anzahl an Teilnehmern benötigen, wobei Gewinne für Teilnehmer ausschließlich dadurch entstehen, dass neue Teilnehmer in den Systemen mitwirken und Geld investieren. Gerade ein solches System wurde aber von der Gemeinschuldnerin nicht betrieben, zumal die Gemeinschuldnerin doch tatsächlich durchaus das ihr von den Genussscheinkäufern übergebene Geld veranlagte, etwa in Immobilien und Wertpapieren, welcher Umstand aufgrund der nach dem Auftreten von Schwierigkeiten bei der Gemeinschuldnerin geführten Straf-, Zivil- und Insolvenzverfahren als gerichtsbekannt angesehen werden muss. Die bloße Tatsache, dass es letztlich zur Einstellung von Genussscheinrückkäufen durch die Gemeinschuldnerin im Oktober 2008 kam, vermag daran nichts zu ändern. Bekanntlich kam es nach Medienberichten über Schwierigkeiten und Unregelmäßigkeiten bei der Gemeinschuldnerin zu einer wahren Flut von Rückkaufanträgen, die von der Gemeinschuldnerin nicht mehr erfüllt werden konnten. Nunmehr wäre aber wohl nahezu jedes Wertpapierhaus oder auch jedes Kreditinstitut völlig überfordert, wenn alle Anleger ihre Veranlagungen oder Spareinlagen zum gleichen Zeitpunkt

realisieren würden. Dieser Umstand alleine belegt aber keinesfalls, dass hier ein verbotenes Schneeballsystem oder Pyramidenspiel vorliegt.

Soweit man den festgestellten Sachverhalt und die amtsbekannten Umstände nicht als ausreichend für die Beurteilung dieser Rechtsfrage in diesem Sinne ansieht, wäre auch insoferne der Sachverhalt als ergänzungsbedürftig und mit sekundären Feststellungsmängeln behaftet anzusehen, welche nach Behebung des Verfahrensmangels laut Punkt I. meiner Berufung das Erstgericht zum Ergebnis bringen hätten müssen, dass das Geschäftsmodell der Gemeinschuldnerin kein Schneeballsystem und kein verbotenes Glücksspiel darstellte, somit auch von einer Nichtigkeit nicht gesprochen werden kann und mein Erfüllungsanspruch, der nach dem festgestellten Sachverhalt von der Gemeinschuldnerin ausdrücklich in schriftlicher Form bestätigt wurde, als zu Recht bestehend angesehen werden muss. Das Erstgericht hätte somit zur Gänze im klagsstattgebenden Sinn entscheiden müssen.

7. Vor diesem Hintergrund erweist sich auch die von Graf vertretene Rechtsansicht, wonach AvW-Anleger im Konkurs der AvW-Gruppe AG berechtigt sind, ihre Ansprüche auf der Basis der Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung geltend zu machen und die Rückverkaufsoption auszuüben und einen Anspruch in Höhe des zum Zeitpunkt des Zusammenbruches maßgeblichen AvW-Indexkurses von EUR 3.275,-- haben, als zutreffend. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass nach dem festgestellten Sachverhalt ich Rückkaufsanträge mit Bezug auf die verfahrensgegenständlichen 185 AvW-Genussscheine gestellt habe.

Aus den dargelegten Gründen stelle ich durch meine ausgewiesene Vertreterin nachstehende an das OLG Graz als Berufungsgericht gerichteten

#### **BERUFUNGSANTRÄGE:**

Das OLG Graz als Berufungsgericht wolle

1. meiner Berufung Folge geben und das Endurteil des LG Klagenfurt, 21 Cg 90/09h, vom 22.11.2013 dahingehend abändern, dass gegenüber der (erst)beklagten Partei festgestellt wird, dass der klagenden Partei eine weitere Insolvenzforderung in der Höhe von EUR 245.523,81 zusteht;
2. in eventu das angefochtene Urteil aufheben und die Rechtssache zur



neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverweisen;


3. der beklagten Partei die Verpflichtung zum Ersatz der gesamten Kosten des Verfahrens erster Instanz sowie der Kosten des Berufungsverfahrens an die klagende Partei zu Handen der Klagsvertreterin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

Klagenfurt, am 07.01.2013

K O S T E N V E R Z E I C H N I S :

|                   |       |           |
|-------------------|-------|-----------|
| Verdienst TP3B    | EUR   | 1.168,80  |
| 150% Einheitssatz | EUR   | 1.753,20  |
| ERV Zuschlag      | EUR   | 1,80      |
| 20% USt.          | EUR   | 584,76    |
| Pauschalgebühren  | EUR   | 8.175,00  |
| -                 | -     | -         |
| Gesamt            | EUR   | 11.683,56 |
| =                 | ===== |           |

**Beilagenverzeichnis:**

| Anhangsart  | Datum      | ON/Beilage | RolleNr | KB  | ERVQuellID             | Zugriff       |
|---|------------|------------|---------|-----|------------------------|---------------|
|  Schriftsatz | 07.01.2014 | A          | 1P      | 125 | 729 999 NC<br>177/14 t | Extern/Intern |