

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 am Wörthersee

21Cg 164/12w

KLAGENDE PARTEIEN:

[REDACTED]

beide vertreten durch:

Dr. Erich Holzinger, Rechtsanwalt,
Rathausplatz 3, 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: BACA0981-39959/00

wegen:

€ 148.278,70 s.A.

I. BERUFUNGSBEANTWORTUNG

II. URKUNDENVORLAGE

einfach

Direktzustellung gem. § 112 ZPO

Vollmacht erteilt

I.

In der umseits näher bezeichneten Rechtssache erstattet die Beklagte durch ihren ausgewiesenen Vertreter binnen offener Frist auf die Berufung der Kläger vom 17.12.2013, gegen das Urteil des LG Klagenfurt vom 20.11.2013, GZ 21 Cg 164/12w, nachstehende

BERUFUNGSBEANTWORTUNG

an das Oberlandesgericht Graz und führt dazu aus wie folgt:

Die von den Klägern geltend gemachten Berufungsgründe liegen nicht vor, die Berufung ist nicht berechtigt.

Die Kläger bekämpfen das Urteil des LG Klagenfurt vom 20.11.2013, GZ 21 Cg 164/12w in ihrer Berufung im Wesentlichen aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Die aus Gründen der Vorsicht geltend gemachten Berufungsgründe der fehlenden Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung (ein nicht der Konzeption der Berufung entsprechender Berufungsgrund) sowie Mangelhaftigkeit des Verfahrens wurden nach Auffassung der Beklagten nicht gesetzmäßig ausgeführt. Dies zumal von den Klägern nicht erörtert wurde, worin überhaupt die Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegen solle.

In Wahrheit versuchen die Kläger im Wege der Geltendmachung der unrichtigen rechtlichen Beurteilung sowie angeblicher sekundärer Feststellungsmängel einen Wunschssachverhalt herbeizuführen, um daraus die von ihnen gewünschte Rechtsfolge ableiten zu können.

1. Zur behaupteten unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

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

Die Behauptung der Kläger, wonach das Erstgericht die Klagsabweisung lediglich mit der Nichtigkeit der gegenständlichen Verträge gem § 879 ABGB - nicht stichhaltig - begründen würde ist schlichtweg falsch.

Dies zumal das Erstgericht die Klagsabweisung rechtsrichtig

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

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

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

Es ist in Anbetracht der Vielzahl der vorstehend zitierten Judikate mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich der Oberste Gerichtshof mit exakt den hier verfahrensgegenständlichen AvW-Genussscheinen und deren Ausgestaltung auseinander setzte und die Qualifikation als Pyramidenspiel

(Schneeballsystem) somit vom Erstgericht als offenkundig vorausgesetzt werden konnte.

Die Argumentation der Kläger, wonach die zitierten oberstgerichtlichen Entscheidungen Schadenersatzansprüche gegen die Wirtschaftsprüfergesellschaft der AvW-Gesellschaften zum Gegenstand haben würde und die Qualifikation der Genussscheine als Pyramidenspiel daher irrelevant wäre, geht jedenfalls ins Leere. Ungeachtet des Sachverhaltes beziehen sich nämlich diese Entscheidungen jedenfalls auf die hier interessierenden AvW-Genussscheine.

1.1. Zur Anwendbarkeit des § 879 ABGB:

Entgegen den Ausführungen der Kläger im Punkt 5. der Berufung sind gegenständliche AvW-Genussscheine -wie im Folgenden noch darzulegen sein wird - jedenfalls als Pyramidenspiel zu qualifizieren.

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

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

der Nichtigkeit des gesamten zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Vertrages auszugehen“.

Exakt dies ist hier der Fall. Die Kläger stellen im Rahmen ihrer Argumentation hinsichtlich des Erfüllungsschadens jedoch lediglich auf die zum damaligen Zeitpunkt *(noch) intakten "Gewinnchancen"* jener Genussscheininhaber ab, die einen Scheingewinn lukrieren konnten.

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

Beweis:

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

Daraus ist eindeutig zu schließen,

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

Das AvW-Genussscheinsystem als perpetuum mobile finanzieller Art (Tz 2443) ist aus vorstehend genannten Gründen jedenfalls als Pyramidenspiel zu qualifizieren und ist

die erstgerichtliche rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes rechtsrichtig erfolgt.

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

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

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

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

1.2. Zu Punkt 5.4. der Berufung:

Zu der von den Klägern ausgeführten „plastischen Argumentation“ sei festgehalten, dass nach der in Österreich herrschenden Meinung die Konkursmasse ein rechts- und parteifähiges Gebilde darstellt, das durch die Masseverwalterin als gerichtlich bestelltes Organ vertreten wird (Chalupsky/Duursma-Kepplinger Österreichisches Insolvenzrecht⁴ Bd III § 81 Rz 17).

Die Beklagte hat als Masseverwalterin alle jene Tatsachen aufzuzeigen, die dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung Rechnung tragen und Einzelne begünstigen würden.

Die dahingehende Argumentation der Kläger ist sohin völlig unzutreffend.

1.3. Zu Punkt 5.5. der Berufung:

Hinsichtlich der von den Klägern vorgelegten und zitierten Entscheidung des OGH zu 2 Ob 14/10p vom 22.04.2010 sei ausgeführt, dass zum Zeitpunkt der Erlassung gegenständlicher Entscheidung (wie auch in der von den Klägern stets angeführten Entscheidung 2 R 61/10y) die Tatsache, dass es sich bei den AvW-Genussscheinen um ein Pyramidenspiel handelt nicht releviert wurde, Dies zumal zum Zeitpunkt der Entscheidung des gegenständlichen Falles durch den Obersten Gerichtshof weder die tatsächlichen Ausgestaltung des AvW-Genussscheinsystems noch die Betrugshandlungen des Dr. Auer Welsbach bekannt waren.

Insbesondere sei ausgeführt, dass die Masseverwalterin als beklagte Partei im Verfahren 2 R 61/10y des OLG Graz aufgrund des Neuerungsverbotes kein diesbezügliches Vorbringen erstatten hätte können und wurde im zitierten Urteil die Notwendigkeit der Erhebung einer neuen Klage in Punkt 3.11. des Urteils angeregt.

Beweis:

- Auszug aus dem (bereits im erstinstanzlichen Verfahren als Beweis geführten) Teilurteil des OLG Graz zu GZ 2 R 61/10y vom 1.2.2012, S. 8 (Blg. /6),
- wie bisher

Die dahingehenden Ausführungen der Kläger sind sohin irrelevant.

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

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

Diese Ausführungen blieben von den Klägern unbekämpft.

1.5. Zur den behaupteten Sekundären Feststellungsmängeln:

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

Dies weil die Kläger einerseits im Wege des sekundären Feststellungsmangels angeblich fehlende Feststellungen geltend machen, bei denen es sich nach Auffassung der Beklagten um begehrte Ersatzfeststellungen handelt, die im Wege der Beweisrüge zu bekämpfen wären. Folglich wurden die behaupteten fehlenden Feststellungen aus Gründen der Vorsicht, auch auf die Beweisrüge gestützt.

Die von den Klägern gewählte Vorgangsweise entspricht weder einer gesetzmäßig ausgeführten Rechtsrüge, zumal fehlende Feststellungen und sohin sekundäre Feststellungsmängel ausschließlich im Wege der Rechtsrüge aufzugreifen sind (*Pimmer in Fasching/Konecny*² § 467 ZPO Rz 42), noch einer gesetzmäßig ausgeführten Beweisrüge.

1.5.1. Zu Punkt 6.2. der Berufung:

Der von den Klägern unter diesem Punkt geltend gemachte sekundäre Feststellungsmangel liegt nicht vor. Dies zumal das Erstgericht hinsichtlich des Gutachtens des Univ.-Prof. Dr. Graf eindeutig feststellt:

„Die Rechtsansicht des Univ.-Prof. Dr. Graf, auf welche sich die Kläger stützen, steht im diametralen Widerspruch zur (bereits zitierten) Rechtsprechung des OGH.“ (Seite 8 des erstgerichtlichen Urteils)

Es handelt sich hierbei eindeutig um eine sogenannte „verborgene“ Feststellung, die mittels Geltendmachung des Berufungsgrundes der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung zu bekämpfen gewesen wäre (*Pochmarski/Lichtenberg* Die Berufung in der Zivilprozessordnung 2003, 107).

Hat das Gericht nämlich ohnehin Feststellungen getroffen - nur nicht im Sinne des Berufungswerbers - so liegt kein mit Rechtsrüge zu bekämpfender sekundärer Feststellungsmangel vor (*Pochmarski/Lichtenberg* Die Berufung in der Zivilprozessordnung 2003, 123).

Die von den Klägern begehrte (Ersatz-)Feststellung steht im exakten Widerspruch zu der vom Erstgericht bereits getroffenen Feststellung.

1.5.2. Zu Punkt 6.3. der Berufung:

Vorstehend Ausgeführtes hat auch für den behaupteten sekundären Feststellungsmangel hinsichtlich des Gutachtens Dr. Kleiner zu GZ 13 St 173/08x der StA Klagenfurt zu gelten. Der von den Klägern unter diesem Punkt geltend gemachte sekundäre Feststellungsmangel liegt nicht vor. Dies zumal das Erstgericht hinsichtlich des Gutachtens Dr. Kleiner eindeutig feststellt:

„Der Feststellung des im Strafverfahren gegen Dr. Auer Welsbach beigezogenen Sachverständigen Dr. Kleiner, wonach kein Pyramidenspiel vorlag ist entgegenzuhalten, dass es sich hierbei um eine Rechtsfrage und nicht um eine Sachverständigenfrage handelt, sodass die Rechtsansicht des Sachverständigen außer Acht bleiben kann.“ (Seite 8 des erstgerichtlichen Urteils)

Auch hierbei handelt es sich eindeutig um eine sogenannte „verborgene“ Feststellung, die im Wege des Berufungsgrundes der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung zu bekämpfen gewesen wäre (*Pochmarski/Lichtenberg Die Berufung in der Zivilprozessordnung 2003, 107*).

Bei der von den Klägern begehrten (Ersatz-)Feststellung handelt es sich lediglich um eine detailliertere Formulierung der vom Erstgericht bereits getroffenen Feststellung.

Ungeachtet der nicht gesetzmäßig ausgeführten Rechtsrüge hinsichtlich des sekundären Feststellungsmangels sei aus Gründen der Vorsicht darauf hingewiesen, dass sich an der rechtlichen Beurteilung nichts ändern würde, wäre die begehrte Ersatzfeststellung getroffen worden. Dies zumal die Auffassung des SV Dr. Kleiner, wonach die Frage zum Aufbau des Genussscheinsystems tendenziell eher negativ zu beantworten ist, festgestellt und im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt wurde.

1.5.3. Zu Punkt 6.4. und 6.5. der Berufung:

Auch unter diesem Punkt bekämpfen die Kläger in Wahrheit die Beweiswürdigung des Erstgerichts. Dieses hat sich entsprechend dem Wesen der freien Beweiswürdigung begründet dafür entschieden, sich mit Rechtsansichten in anderen Verfahren mangels Bindungswirkung nicht auseinanderzusetzen. Bei den begehrten ergänzenden Feststellungen handelt es sich nach Auffassung der Beklagten um Ersatzfeststellungen.

Ungeachtet der nicht gesetzmäßig ausgeführten Rechtsrüge hinsichtlich des sekundären Feststellungsmangels sei aus Gründen der Vorsicht darauf hingewiesen, dass sich an der rechtlichen Beurteilung nichts ändern würde, wäre die begehrte Ersatzfeststellung getroffen worden. Dies zumal die von der Beklagten in anderen Verfahren - auf Basis anderer Sachverhalte und rechtlicher Grundlagen - geäußerten Rechtsansichten keine Bindungswirkung entfalten.

Die Kläger versuchen nämlich, durch die begehrten Ersatzfeststellungen einen Wunschsachverhalt einzuführen um daraus den geltend gemachten Erfüllungsanspruch geltend machen zu können. Dies zumal Gegenstand des Finanzverfahrens die Bilanzierungsvorschriften für Genussrechte bzw die damit verbunden Verpflichtung zur Bildung von Rückstellungen im Sinne des Prinzips der vorsichtigen Bewertung gem § 201 Abs 2 Z 4 UGB ist.

Beweis:

- Auszug aus dem (bereits im erstinstanzlichen Verfahren als Beweis geführten) Gutachten des SV Dr. Kleiner zu GZ 18 Hv 87/12w des LG Klagenfurt, S. 99- 117 (Blg. ./7),
- wie bisher;

1.5.4. Zu Punkt 7. der Berufung:

Vorstehend bereits ausführlich Dargelegtes hat in gleichem Maße für die als ergänzende Feststellung begehrten Ersatzfeststellungen hinsichtlich der Höhe des Rückkaufswertes zu gelten.

Die von den Klägern begehrten Ersatzfeststellungen finden sich in den Feststellungen des Erstgerichts und wird von den Klägern an sich die Beweiswürdigung im Wege der nicht gesetzmäßig geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel bekämpft.

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

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

Die Berufung erweist sich somit als nicht begründet.

Es wird sohin gestellt der

A N T R A G

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

II.

Weiters legt die Beklagte nachstehende

U R K U N D E N


vor:

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

Blg. ./6 Auszug aus dem Teilurteil des OLG Graz zu GZ 2 R 61/10y vom 01.02.2012, S. 8 sowie

Blg. ./7 Auszug aus dem Gutachten des SV Dr. Kleiner zu GZ 18 Hv 87/12w des LG Klagenfurt, S. 99- 117.

Gegenständliche Urkunden unterliegen nicht dem Neuerungsverbot des § 482 ZPO zumal es sich hierbei lediglich um Auszüge aus Beweisen handelt, die im erstinstanzlichen Verfahren bereits vorgekommen sind sowie - teilweise - dem erstinstanzlichen Urteil zugrunde gelegt wurden.

Mag.MaS./tu
Klagenfurt, am 2014-01-24


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

An Kosten werden verzeichnet:

I. BERUFUNGSBEANTWORTUNG u.	€	1.047,20
II. URKUNDENVORLAGE (./5 u. ./7), TP3B (Bemessungsgrundlage: € 148.278,70)	€	2.094,40
200 % Einheitssatz		
10 % Streitgenossenzuschlag	€	314,16
ERV-Kosten	€	1,80
Zwischensumme	€	3.457,56
20 % Umsatzsteuer von 3.457,56	€	691,51
Gesamtsumme	€	<u>4.149,07</u>