



## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr.Kostka (Vorsitz), Dr.Kirsch und Mag.Tanczos in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] ohne Beschäftigungsangabe, [REDACTED] Wien, vertreten durch Dr.Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei **Insolvenzverwaltungsgesellschaft mbH**, Kardinalschütt 7, 9020 Klagenfurt, als Insolvenzverwalterin im Insolvenzverfahren über das Vermögen der AvW Gruppe AG (41 S 65/10x des Landesgerichts Klagenfurt), vertreten durch Dr.Gerhard Brandl, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen Feststellung (Streitwert EUR 30.137,53), infolge Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 19.Juli 2012, 21 Cg 34/12b-7, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.334,06 (darin enthalten EUR 389,01 USt) bestimmten Kosten ihrer Berufungsbeantwortung als Masseforderung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Das Landesgericht Klagenfurt eröffnete mit Beschluss vom 4.Mai 2010 (41 S 65/10x) über das Vermögen der AvW Gruppe AG das Insolvenzverfahren und bestellte die Beklagte zur Insolvenzverwalterin. Die Klägerin, die über ihre Depotbank (Easy Bank AG) in den Jahren 2005 bis 2007 insgesamt zehn AvW-Genussscheine an der Börse Frankfurt um insgesamt EUR 26.245,50 angekauft hatte, meldete im Insolvenzverfahren ihre in diesem Zusammenhang stehende (Schadenersatz-)Forderung von EUR 30.137,53 an. Die Insolvenzverwalterin bestritt in der allgemeinen Prüfungstagsatzung vom 22.November 2011

die angemeldete Forderung.

Die AvW Invest AG gab ab dem Jahr 1997 Genussscheine im Sinn von Genussrechten gemäß § 174 Abs 3 AktG in Form von Inhaberpapieren aus. Die so eingesammelten Anlegergelder flossen der AvW Invest AG selbst zu und wurden von ihr im eigenen Namen für den Erwerb von Beteiligungen und dem gewerblichen Handel mit Wertpapieren (Aktien, Optionen, Terminkontrakte) auf eigene und/oder fremde Rechnung verwendet. Ab Mitte 2001 vertrieb die AvW Invest AG nicht mehr eigene Genussscheine, sondern Genussscheine der im Februar 2001 gegründeten AvW Management-Beteiligungs AG (ab Februar 2007: AvW Gruppe AG) und stellte den Vertrieb eigener Genussscheine ein. Um der AvW Invest AG weiterhin das Einsammeln von Anlegergeldern durch die Ausgabe von Genussscheinen zu ermöglichen, wurden die Genussscheine ab Mitte 2001 von der Schuldnerin ausgegeben, die AvW Invest AG hat als Wertpapierfirma den Vertrieb dieser Genussscheine übernommen. Seit dem Jahr 2000 wurde der AvW-Genussschein auch im Freiverkehr der Börse Frankfurt gehandelt. Der Börsenkurs entwickelte sich völlig gleichartig wie der von der Emittentin monatlich veröffentlichte Kurswert und stieg bis Mitte Oktober 2008 stetig um etwa 12 % p.a..

Die Schuldnerin lancierte in der Zeitschrift „Gewinn“ Berichte und präsentierte sich dort ständig, so etwa in den Monatsausgaben Jänner, September und Oktober 2005 als erfolgreiches, international tätiges Beteiligungsunternehmen mit einer konservativen Anlagestrategie. Der AvW-Genussschein sollte demnach die Möglichkeit bieten, sich „am Geschäftserfolg der AvW Gruppe zu beteiligen“. Es wurden dabei „tolle Kurszuwächse bei geringer Volatilität“, „seit 1995 eine durchschnittliche Jahresperformance von rund 13,5 %“ und die „langfristige und konservative Anlagestrategie“ herausgestrichen. Die Zeitungsberichte betonten auch die jederzeitige Möglichkeit, den Genussschein entweder im Wege über die Frankfurter Börse oder direkt bei der Emittentin zum jeweils aktuellen Kurswert laut einem von der Schuldnerin monatlich veröffentlichten Kurswert - als „AvW-Index“ bezeichnet - wieder zu verkaufen. Aufgrund dieser auf die Schuldnerin zurückgehenden Präsentation des Wertpapiers ging die Klägerin davon aus, es handle sich um eine Art Unternehmensanleihe mit variabler, erfolgsabhängiger Verzinsung, die jederzeit verkauft werden könne. Wäre die Klägerin nicht durch die unrichtigen und irreführenden Prospektangaben über die mit dem Investment verbundenen Risiken und/oder die der Schuldnerin zurechenbaren Betrugshandlungen des Dr. Wolfgang Auer-Welsbach über die Sicherheit, Werthaltigkeit und Liquidität der von ihr erworbenen Genussscheine getäuscht worden, hätte sie vom Erwerb Abstand genommen und statt dessen in ein langfristiges und sicheres Anlageprodukt investiert, bei dem auch die Möglichkeit besteht, im Bedarfsfall jederzeit auszusteigen.

Im Zuge der Gründung der Schuldnerin wurde die AvW Invest AG eine Tochtergesellschaft

(mit einer Beteiligung von 75 %) der neu gegründeten Gesellschaft. Tatsächlich wurden beide Gesellschaften von Dr. Wolfgang Auer-Welsbach als beherrschendem Aktionär und Vorstandsvorsitzenden beider Gesellschaften wie ein einziges Unternehmen geführt; die eingesammelten Anlegergelder flossen diesem Unternehmen zu. Bis Ende September 2008 wurden die ausgegebenen Genussscheine von der Schuldnerin wie zugesagt zurückgekauft. Am 17. Oktober 2008 wurde bekannt gegeben, es gebe einen vorübergehenden Liquiditätsengpass, sodass ein Rückkauf der Genussscheine bis auf Weiteres nicht möglich sei. Ab diesem Zeitpunkt kaufte die AvW Gruppe keine Genussscheine mehr zurück und veröffentlichte auch keinen Kurs mehr. Ein Verkauf an der Börse Frankfurt war ab diesem Zeitpunkt mangels Kaufinteresse nicht mehr möglich; die Klägerin hatte danach mehrfach versucht, ihre Genussscheine an der Börse Frankfurt zu verkaufen, was aber trotz eines mehrfach abgesenkten Limits nicht gelang.

Im Anschluss an die Einstellung der Rückkäufe im Oktober 2008 zeigte sich nach und nach, dass der AvW-Genussschein durch den Vorstandsvorsitzenden der Schuldnerin Dr. Wolfgang Auer-Welsbach in der Absicht, sich bzw der Schuldnerin durch die fortlaufende Begehung eines schweren Betrugs eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, begeben worden war, indem den Anlegern eine sichere und werthaltige Kapitalanlage versprochen wurde, bei welcher das aus dem Verkauf der Genussscheine aufgebrauchte Kapital mit hohem Gewinn in Immobilien, im Finanzbereich sowie in nationale und internationale Beteiligung veranlagt würde, und diese so zum Ankauf der Genussscheine veranlasst wurden. Tatsächlich täuschte Dr. Wolfgang Auer-Welsbach als verantwortliches Organ der Schuldnerin die Werthaltigkeit des Genussscheins durch Kursmanipulationen des monatlich verlautbarten AvW-Index als auch des Aktienkurses an der Börse Frankfurt nur vor. Auch die Liquidität des Wertpapiers im Freiverkehr an der Börse Frankfurt wurde lediglich vorgetäuscht, indem Dr. Auer-Welsbach einen Großteil der An- und Verkäufe selbst veranlasste und sowohl den Kurs manipulierte als auch die Nachfrage nach dem Papier vortäuschte. Wegen dieser Betrugshandlungen wurde Dr. Wolfgang Auer-Welsbach vom Landesgericht Klagenfurt am 31. Jänner 2011 zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt; der Klägerin wurde so wie anderen tausenden Geschädigten, die sich in diesem Strafverfahren als Privatbeteiligte angeschlossen hatten, ein Teilschadenersatz von EUR 500,00 zuerkannt.

Die Genussscheinbedingungen der AvW Management-Beteiligungs AG lauten (auszugsweise): Die Genussrechte nehmen an den offenen Rücklagen, an den stillen Reserven sowie am Firmenwert der Gesellschaft in dem im § 3 Abs 2 genannten Verhältnis teil. Die Gesellschaft ist berechtigt, die Genussrechte unter Einhaltung einer sechsmonatigen Verständigungsfrist zum Ende eines jeden Wirtschaftsjahres der Gesellschaft, frühestens jedoch zum 31. Dezember 2004 zurückzukaufen. Der Kaufpreis für die Genussscheine

entspricht dem zum Verkaufstichtag geltenden Kurswert der Genussscheine. Der Kaufpreis ist binnen zehn Bankwerktagen nach dem Vorkaufstichtag gegen Einreichung der Genussscheine samt allfälliger Nebenpapiere und abzüglich allenfalls einzubehaltener Steuern fällig.

Mit ihrer am 9. März 2012 eingebrachten Klage verlangte die Klägerin die im Insolvenzverfahren über das Vermögen der AvW Gruppe angemeldete Forderung von EUR 30.137,53 als Insolvenzforderung festzustellen. Sie brachte zusammengefasst vor: Die Schuldnerin habe auf die Anlageentscheidung der Klägerin durch unrichtige Informationen über die hohe Rentabilität, die Wertstabilität und die geringe Volatilität sowie durch den Hinweis, dass ein Kauf oder Verkauf jederzeit möglich sei, Einfluss genommen. Die Schuldnerin hafte für den von ihr erfüllten Verbotstatbestand des § 48c in Verbindung mit § 48a Abs 1 Z 2 lit a) aa) BörseG; außerdem habe sie durch eigene Kauf- und Verkaufsaufträge ein anormales, künstliches Kursniveau erzielt und dadurch den Tatbestand des § 48c in Verbindung mit § 48a Abs 1 Z 2 lit a) ab) BörseG verwirklicht. Sie sei durch die verbotene Marktmanipulation aufgrund der Verletzung eines Schutzgesetzes haftbar. Darüber hinaus hafte die Schuldnerin nach § 874 ABGB für das deliktische Verhalten des Dr. Wolfgang Auer-Welsbach. Die Genussrechte der Klägerin begründeten weder mitgliedschaftliche Rechte noch eine Mitunternehmerschaft und stellten selbst im Fall einer Mitunternehmerschaft der Klägerin eine Insolvenzforderung dar.

Die Beklagte, die die Höhe der Forderung außer Streit stellte, wendete zusammengefasst ein, die Anspruchsgrundlagen der Klägerin mögen zwar bestehen, es handle sich jedoch um eine nachrangige Forderung und um keine Insolvenzforderung. Für die Klägerin bestehe kein Insolvenzteilhabeanspruch, weil die im § 4 der Genussscheinbedingungen geregelte allgemeine Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft auch als eine vereinbarte Verlustteilnahme anzusehen sei. Das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin als Genussscheininhaberin und der Schuldnerin sei als (atypische) stille Gesellschaft zu qualifizieren; aus einer Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert ergebe sich eine Stellung des Stillen als Mitunternehmer, dem kein Insolvenzteilhabeanspruch zustehe. Außerdem hätten die AvW-Genussscheine den Charakter eines Eigenkapitals, weshalb es sich bei der „Klagsforderung“ um (nachrangiges) Eigenkapital handle.

Mit dem angefochtenen Urteil erkannte das Erstgericht im Sinne des Klagebegehrens. Neben dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt traf es noch weitere auf den Seiten 2 bis 8 seiner Entscheidung enthaltene Feststellungen, auf die zwecks Vermeidung von Wiederholungen zunächst verwiesen wird. Rechtlich folgte es zusammengefasst: Der Sachverhalt sei mit dem den Entscheidungen 7 Ob 77/10i und 6 Ob 28/12d zugrundeliegenden Sachverhalt vergleichbar. Im ersten Fall seien zwar

Prospekthaftungsansprüche nach § 11 KMG geltend gemacht worden; aus den vom Höchstgericht angeführten Entscheidungsgründen ergebe sich jedoch schlüssig, dass nicht nur Schadenersatzansprüche (eines Aktionärs oder Mitunternehmers) nach dem KMG Drittgläubigerrechte begründeten, sondern auch alle Schadenersatzansprüche aus der Verletzung kapitalmarktrechtlicher Informationsschriften, deren Zweck es sei, die Möglichkeit einer informierten Nachfrageentscheidung des Anlegers abzusichern. Die von der Schuldnerin lancierten Zeitungsberichte hätten dem Vertrieb des Anlageprodukts gedient und seien geeignet gewesen, den Anlageentschluss potenzieller Zeichner der Gewinnscheine zu beeinflussen, indem sie den Anschein ausreichender und objektiver Anlageinformationen erweckt hätten. Es handle sich nicht um Ansprüche *causa societatis*, sondern um solche aus der Verletzung von Rechtspflichten, deren Einhaltung dem potenziellen Anleger eine informierte Nachfrageentscheidung ermöglichen solle. Aus den genannten Entscheidungen ergebe sich auch, dass aktienrechtliche Bestimmungen (Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG, dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien nach § 65 AktG und dem Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre nach § 47a AktG) nicht entgegenstünden. Die Prospekthaftungsansprüche hätten (vor den Grundsätzen der Kapitalerhaltung) Vorrang, weil der Aktionär bei Befriedigung von Prospekthaftungsansprüchen nicht als Aktionär, sondern wie ein schadenersatzberechtigter Gläubiger behandelt werde und die Ansprüche gar nicht *causa societatis* geleistet würden; der Aktionär sei daher wie ein Drittgläubiger zu behandeln. Durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen und die durch weitere Täuschungshandlungen erteilten Kauf- und Verkaufsaufträge sei auch der Verbotstatbestand des § 48c in Verbindung mit § 48a Abs 1 Z 2 lit b BörseG erfüllt. Die Schuldnerin habe außerdem den Verbotstatbestand des § 48c in Verbindung mit § 48a Abs 1 Z 2 lit c BörseG verwirklicht, indem sie wissentlich die von ihr lancierten Berichte in der Zeitschrift „Gewinn und Information“ über ihre Website publiziert habe. Daneben erfüllten auch alle Kauf- und Verkaufsaufträge der Schuldnerin die Verbotstatbestände der §§ 48c in Verbindung mit § 48 Abs 1 Z 2 lit a und b BörseG; dies jedenfalls in Verbindung mit § 48e Abs 2 BörseG. Das BörseG sei zweifelsfrei ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 Satz 2 ABGB. Letztlich habe die Schuldnerin die Klägerin durch arglistige Täuschung zum Vertragsabschluss veranlasst; sie hafte für die nachteiligen Folgen nach § 874 ABGB. Die von der Klägerin erworbenen Genussscheine begründeten keine mitgliedschaftlichen Rechte und auch keine Mitunternehmerschaft. Die Frage, ob die Klägerin mit ihren gegenüber der Schuldnerin bestehenden Ansprüchen am Insolvenzverfahren teilnehmen können, stelle sich von vornherein nur dann, wenn man ihre Genussrechte aufgrund ihrer vertraglichen Ausgestaltung im rechtlichen und wirtschaftlichen Ergebnis einer atypischen stillen Gesellschaft gleichhalte. Hier sei zwar im § 4 der Genussscheinbedingungen eine Mitunternehmerschaft vereinbart worden; gleichzeitig habe sich die Schuldnerin aber im § 8 Abs 2 der Bedingungen ab dem

31. Dezember 2004 das Recht einräumen lassen, die Genussrechte jährlich ohne Angabe von Gründen zum aktuellen Kurswert rückkaufen zu können. Mit der Ausübung dieses Rechts habe die Schuldnerin vereiteln können, dass die vom Rückkauf betroffenen Anleger ihren Anteil am Firmenwert und an den stillen Reserven erhielten. Sie habe den Anlegern auch die Möglichkeit genommen, den Zeitpunkt ihres Ausstiegs aus der Gesellschaft - wie dies ein Aktionär könne - unter Berücksichtigung des jeweiligen Kurswerts selbst zu bestimmen. Der Anleger erhalte also einerseits ein im vollen Umfang dem Kursänderungsrisiko ausgesetztes Wertpapier, andererseits habe er nicht einmal die rechtliche Gewähr dafür, den Verkaufszeitpunkt selbst bestimmen zu können. Die Klägerin habe aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung ihres Genussrechts nicht über eine Rechtsposition verfügt, die es rechtfertigte, sie als Mitunternehmerin anzusehen. Für die Anwendung des § 915 ABGB gebe es keinen Anhaltspunkt; es liege daher eine reine Insolvenzforderung nach § 51 IO vor.

Gegen dieses Urteil richtet sich die auf den Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützte Berufung der Beklagten. Sie beantragt die Abänderung des Urteils in Klagsabweisung und stellt hilfsweise einen Aufhebungsantrag.

Die Klägerin verneint das Vorliegen des geltend gemachten Berufungsgrundes 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 nicht berechtigt.

Die Beklagte stützt ihre Rechtsansicht zusammengefasst auf folgende Argumente:

1. Die von der Lehre heftig kritisierte Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 7 Ob 77/10i stelle keine Grundsatzentscheidung für die hier zu lösenden Rechtsfragen dar. Die Vorjudikatur habe Ersatzansprüche von allen Eigenkapitalgebern zur Gänze abgelehnt. Nach Karollus (ZFR 2010, 52ff) beziehe sich die durch das Kapitalmarktrecht geregelte Rechtsbeziehung auf den Erwerb und auf das Halten von Aktien, also auf die Mitgliedschaft und nicht auf eine reine Drittgläubigerstellung; ein Wille des Gesetzgebers, dem Aktionär durch § 11 KMG gegen gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien immun gestellte Ansprüche zu verschaffen, ließe sich nicht erkennen. Selbst nach Rüffler (ÖBA 2011, 699) sei das Ziel des Kapitalmarkts nicht der Schutz von Individuen, sondern liege im volkswirtschaftlichen Interesse, einen möglichst effizienten Markt zu gewährleisten, indem zu den geringstmöglichen volkswirtschaftlichen Kosten Unternehmen mit Kapital versorgt werden. Das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 52 AktG und die Lehre vom fehlerhaften Verband führe dazu, dass der Kapitalerhaltung der Vorrang gegenüber kapitalmarktrechtlichen

Schadenersatzansprüchen zukomme.

2. Die Feststellungen über die vertragliche Ausgestaltung der Genussrechte führten zum Ergebnis, dass diese den Genussscheininhabern eine Rechtsposition verliehen, die als Mitunternehmerschaft zu qualifizieren seien und ein Insolvenzteilmahmeanspruch nicht bestehe. Der in den Genussscheinbedingungen enthaltene Widerspruch, wonach einerseits den Genussscheininhabern eine Beteiligung am Liquidationserlös sowie an den stillen Reserven und am Firmenwert verbrieft werde und sich die nunmehrige Schuldnerin (Emittentin) ein jederzeitiges Rückkaufsrecht vorbehalten habe, bewirke als undeutliche Äußerung im Sinne des § 915 ABGB, dass das Rückkaufsrecht nicht wirksam vereinbart worden sei; dies habe wiederum zur Folge, dass die Genussscheininhaber aufgrund ihrer Beteiligung am Firmenwert und den stillen Reserven als Mitunternehmer zu qualifizieren seien und ihnen kein Insolvenzteilmahmeanspruch zustünde. Letztlich hätten sich die Senate 6 und 7 des OGH zur Nachrangigkeit der Forderung der Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika angeschlossen, weshalb die Schadenersatzforderung der Klägerin im Lichte dieses internationalen Trends als nachrangig zu qualifizieren sei.

Diese Ausführungen überzeugen aus folgenden Gründen nicht:

Bei einem Gewinnschein handelt es sich um ein erfahrungsgemäß Kursschwankungen unterliegendes Wertpapier, das ein Genussrecht im Sinne des § 174 AktG verbrieft und daher ein Wertpapier ist (7 Ob 2387/96x = SZ 70/99). Dieses Gesetz gibt selbst keine Definition der Genussrechte und regelt auch nicht ihre nähere rechtliche Gestaltung. Hintergrund dieser gesetzgeberischen Zurückhaltung - in Österreich gleichermaßen wie in Deutschland - war (und ist) das Bestreben, die Entwicklung dieses Instruments unter Achtung des Prinzips der Privatautonomie möglichst nicht zu behindern. Das auf eine Einräumung von Genussrechten gerichtete Rechtsgeschäft ist ein Vertrag sui generis und begründet ein Dauerschuldverhältnis (7 Ob 267/02v mwN). Der Oberste Gerichtshof hatte sich bereits im Jahr 2010 mit den Genussscheinen der an diesem Verfahren beteiligten Schuldnerin zu beschäftigen. Gegenstand jener Entscheidung (1 Ob 105/10p) war eine Verbandsklage mit dem Ziel, dass im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung der Klauseln über den Ausschluss des ordentlichen und außerordentlichen Kündigungsrechts in AGB und Vertragsformblättern und die Berufung darauf zu verbieten. Das Höchstgericht kam - wie der vierte Senat des OLG Graz - zum Ergebnis, dass der Ausschluss eines außerordentlichen Kündigungsrechts für die Dauer des Bestehens der Gesellschaft bei den von der Schuldnerin ausgegebenen Genussscheinen als sittenwidrig im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB anzusehen sei, ohne dass es auf die Börsengängigkeit der Beteiligung ankäme. Er sah auch in der Ausgestaltung des ordentlichen Kündigungsrechts eine gröbliche Benachteiligung der Anleger

zugunsten der Schuldnerin, für die eine sachliche Rechtfertigung nicht zu erkennen sei und führte zum Wesen der Genussrechte unter anderem aus: In der Regel werden Genussrechte als Gegenleistung für Unternehmensfinanzierung eingeräumt und gewähren Ansprüche auf einen Teil des Gewinns, oft auch eine Beteiligung am Liquidationsergebnis. Sie können alle Rechte betreffen, die typischerweise Vermögensrechte eines Aktionärs sein können, nicht aber Verwaltungsrechte, insbesondere weder Stimmrecht noch Anfechtungsbefugnis. Genussrechte gewähren daher keine mitgliedschaftlichen Rechte. Im Gegensatz zu Aktien leiten sich Genussrechte nicht aus einem Gesellschaftsverhältnis ab, sondern sind schuldrechtlicher Natur und gewähren reine Gläubigerrechte (1 Ob 105/10p mwN).

Dies entspricht im Ergebnis der Judikatur des II.Zivilsenats des BGH seit dem Jahr 1959, wonach Genussrechte keine gesellschaftsrechtlich geprägten Mitgliedschaftsrechte begründen, sondern sich in einem bestimmten geldwerten Anspruch erschöpfen (II ZR 145/57; II ZR 172/91; II ZR 109/02). Der BGH lehnt sowohl die direkte als auch die analoge Anwendung der Regeln über die stille Gesellschaft auf Genussrechte mit der Begründung ab, es fehle an der Grundvoraussetzung für eine Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze an dem personalistischen Zusammenschluss mehrerer Personen zu einer Zweckgemeinschaft; irgendwelche Kontroll- oder Mitwirkungsrechte als Ausdruck einer gesellschaftsrechtlichen Zweckgemeinschaft verkörpert die Genussscheine gerade nicht (II ZR 145/57, WM 1959, S 434f).

In seiner Entscheidung 6 Ob 28/12d bejahte der Oberste Gerichtshof die Haftung der Gesellschaft (Emittentin) für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen. Er teilte die in der Entscheidung 7 Ob 77/10i für ihn überzeugenden Darlegungen, wonach die kapitalmarktrechtlichen Verhaltensnormen den Aktionär eben nicht (primär) als Gesellschafter einer spezifischen Gesellschaftsform, sondern als Marktakteur sehen, sodass die aus der Verletzung kapitalmarktrechtlicher Verhaltensnormen resultierenden Ansprüche Gläubigerrechten näher stünden als Aktionärrechten. Bejahte man trotz des anerkannten Schutzgesetzcharakters der Bestimmungen über die kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten einen uneingeschränkten Vorrang der Bestimmungen über die Kapitalerhaltung, liefen zivilrechtliche Schadenersatzansprüche von Anlegern wohl in den meisten Fällen ins Leere. Anleger könnten sanktionslos mit falschen Versprechungen, unterlassenen oder unrichtigen Informationen zum Erwerb von Aktien, deren Verkauf oder deren Halten bewogen werden. Dazu komme, dass gerade bei Erwerb auf dem Sekundärmarkt das Geschäft nicht gesellschaftsrechtlich geprägt sei. Warum Teilnehmer des Kapitalmarkts bei unrichtigen Angaben einer Aktiengesellschaft weniger schützenswert sein sollten als Teilnehmer am Verkehr von Waren und Dienstleistungen mit derselben Gesellschaft bzw aus welchen Gründen sie anders behandelt werden sollten als außenstehende Dritte, die

unabhängig von ihrer Aktionärstellung geschädigt worden seien, sei nicht einzusehen. Für eine Befassung des Europäischen Gerichtshofs zur Klärung der Vereinbarkeit von Schadenersatzansprüchen von Aktionären gegen die Gesellschaft im Zusammenhang mit Kursmanipulationen und Verstößen gegen die ad-hoc-Publizitätspflicht mit Artikel 15 der Kapital-Richtlinie, bestehe kein Anlass (6 Ob 28/12d mwN).

Dass der Klägerin nach der jüngsten Judikatur des Obersten Gerichtshofs grundsätzlich ein Schadenersatzanspruch zusteht, kann demnach nicht in Frage gestellt werden. Für das Berufungsgericht bestand keine Veranlassung, dieser Rechtsprechung, in der sich das Höchstgericht auch ausführlich mit der Kritik der Lehre an der Entscheidung 7 Ob 77/10i auseinandersetzte, nicht zu folgen.

Zu 2.:

In der Entscheidung 6 Ob 28/12d hielt der Oberste Gerichtshof aber ausdrücklich fest, dass mit der Bejahung der Haftung der Gesellschaft für Verstöße gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften über den Rang der daraus resultierenden Ansprüche im Insolvenzfall (der Gesellschaft) noch nichts ausgesagt sei. Teile der Lehre in Deutschland plädierten jedenfalls dafür, nach dem Vorbild des US-Bankruptcy-Code 11 USC 510b im Falle der Insolvenz die Ansprüche der geschädigten Aktionäre im Sinne des § 39 dInsO im Rang hinter die Forderungen der Fremdgäubiger zurücktreten zu lassen.

Bevor auf die Argumente der vom Obersten Gerichtshof genannten Lehre in Deutschland eingegangen wird, erscheint geboten, das Wesen der stillen Gesellschaft zu beleuchten, weil seit der Entscheidung 8 Ob 4,5/95 die Grundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen auch auf den atypischen stillen Gesellschafter angewendet werden. Ist der stille Gesellschafter am „Gesellschaftsvermögen“ beteiligt, ist er - gleichgültig ob er auch an der Geschäftsführung entscheidend mitwirken kann - als atypischer stiller Gesellschafter zu beurteilen; es trifft ihn nämlich die durch das Unternehmerrisiko vermittelte Stellung als Mitunternehmer. Gewährt ein solcher atypischer stiller Gesellschafter ein Darlehen, liegt unter den sonstigen Voraussetzungen ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen vor, auf das die zu diesem entwickelten Grundsätze anzuwenden sind (vgl 8 ObS 2107/96b).

Nach § 179 Abs 1 UGB hat, wer sich als stiller Gesellschafter an dem Unternehmen, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt, die Einlage so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Inhabers des Unternehmers übergeht. Je nach Ausgestaltungsform der stillen Gesellschaft kann es in vielen Fällen ungewiss sein, ob die stille Einlage beim Unternehmensinhaber als fremd- oder eigenkapitalähnliches Kapital zu qualifizieren ist. In der Betriebswirtschaftslehre wird mitunter von einer „hybriden“ Finanzierungsform gesprochen; oft

wird auch der Begriff „Mezzaninfinanzierung“ verwendet. Die gesetzestypische stille Gesellschaft gilt zwar stets als klassisches Fremdkapital, doch ist eine Gestaltung der Beteiligung als „materielles Eigenkapital“ („wirtschaftliches Eigenkapital“) möglich. In manchen Fällen liegt zwar formelles Fremdkapital vor, welches aber nach den Bestimmungen des EKEG als eigenkapitalersetzend angesehen wird (Hochedlinger in Jabornegg/Artmann UGB<sup>2</sup> Rz 15 zu § 179 mwN). Die Begriffe „typisch“ und „atypisch“ werden im Zusammenhang mit der stillen Gesellschaft regelmäßig, aber uneinheitlich verwendet. Empirisch gesehen ist die (gesetzes)typische Gesellschaft in der Praxis weit weniger häufig als diverse atypische Ausgestaltungsformen, wobei aber (auch gesellschaftsrechtlich) nicht bereits jede Abweichung von der gesetzlichen Grundkonzeption als „atypisch stille Gesellschaft“ bezeichnet werden sollte. Als „atypisch“ werden vielmehr ganz bestimmte Abweichungen vom gesetzlichen Grundkonzept qualifiziert, insbesondere die Einräumung von Geschäftsführerbefugnissen an den stillen Gesellschafter beim Unternehmensinhaber, die (schuldrechtliche) Beteiligung des Stillen am Vermögen des Unternehmens, oder die Vereinbarung einer mehrgliedrigen stillen Gesellschaft (Publikumsgesellschaft). Im Steuerrecht wird der Begriff „atypisch“ („unecht“) im Zusammenhang mit der stillen Gesellschaft in der Regel lediglich dann verwendet, wenn eine Mitunternehmerschaft vorliegt, welche voraussetzt, dass der Stille bei seinem Ausscheiden sowohl an den stillen Reserven als auch am Firmenwert beteiligt ist (Hochedlinger aaO Rz 16f zu § 179 mwN).

Nach den hier relevanten Genussscheinbedingungen (Beilage ./1), die das Erstgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, verbriefen die Genussscheine eine Beteiligung am Gewinn, am Vermögen und am Liquidationsgewinn der Gesellschaft (§ 2 Abs 1 bis 3). Die Inhaber der Genussscheine haben das Recht, an Hauptversammlungen teilzunehmen und gemäß § 112 AktG Auskünfte über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen. Die AvW-Genussscheine gewähren keine darüberhinausgehenden Mitgliedschaftsrechte, insbesondere kein Stimmrecht in der Hauptversammlung (§ 2 Abs 4). Die Genussrechtsinhaber erhalten vom Bilanzgewinn der Gesellschaft für jedes Geschäftsjahr einen vorzugsweisen Gewinnanteil von EUR 0,08 pro Genussschein (§ 3 Abs 1). Hinsichtlich des verbleibenden Bilanzgewinns sind die Genussrechtsinhaber gleich Aktionären am Bilanzgewinn der Gesellschaft beteiligt, wobei das Verhältnis der Gewinnberechtigung der Gesamtheit der Genussscheine zur Gesamtheit der Aktien einem Verhältnis von 99:1 entspricht (§ 3 Abs 2.). Die Genussrechte nehmen an den offenen Rücklagen, an den stillen Reserven sowie am Firmenwert der Gesellschaft in dem im § 3 Abs 2 genannten Verhältnis teil (§ 4 Abs 1). Die Genussscheininhaber sind am Liquidationsgewinn in dem in § 3 Abs 2 genannten Verhältnis beteiligt (§ 7 Abs 1).

Nach dem Inhalt dieser Bedingungen kam der Klägerin keine Beteiligung an der

Gesellschaft als juristische Person zu, sie war lediglich an Teilen deren Vermögens beteiligt. Eine Mitunternehmereigenschaft der Klägerin in Bezug auf die Schuldnerin ist zu verneinen.

Mit 1. Jänner 2004 ist das Bundesgesetz über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen (EKEG) in Kraft getreten. Mit diesem Gesetz sollte das Eigenkapitalrecht auf eine gesetzliche Grundlage gestellt und damit dem Bedürfnis der Praxis nach Rechtssicherheit nachgekommen werden; es sollte ein angemessener Ausgleich zwischen der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter und den Interessen der Gläubiger erreicht werden. Es wurde betont, dass der Oberste Gerichtshof im Zusammenhang mit stillen Beteiligungen von Beteiligungsfondsgesellschaften eigenkapitalersatzrechtliche Fragen erwogen hat (8 Ob 107/97m; 8 Ob 112/97x). Ein Beteiligungsfonds wurde als ein Vermögen (steil) im Eigentum einer Beteiligungsfondsgesellschaft definiert, das durch die Ausgabe von Genussscheinen finanziert wird und dem Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen dient. Genussscheine sind Inhaberpapiere, die einen Anspruch auf einen aliquoten Teil an den Fondsüberschüssen verbriefen. Da den Anlegern - auch mittelbar (§ 8) - keine Rechtstellung vermittelt wird, wie sie in § 5 umschrieben ist und die Beteiligungsfondsgesellschaft nur Treuhänder ist, besteht keine Veranlassung für die Anwendung kapitalersatzrechtlicher Regeln (ErläutRV 1282 B1gNR XXI.GP). § 10 Abs 2 EKEG stellt einen stillen Gesellschafter einem erfassten Gesellschafter gleich, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes eine Gesellschaft im Sinne des § 4 ist und der stille Gesellschafter 1. mit zumindest 25 % schuldrechtlich am Unternehmenswert beteiligt ist und ihm zumindest einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte zustehen oder 2. einen beherrschenden Einfluss ausübt. Die Beteiligung der Klägerin am Vermögen der Schuldnerin erfüllt keine dieser genannten Voraussetzungen.

Karollus (Österreichisches Insolvenzrecht, Kommentar 1. Zusatzband, Rz 23 zu § 11 EKEG) vertritt die Ansicht, dass die bisherige Rechtsprechung des OGH, wonach atypisch stille Gesellschafter im Konkurs des Geschäftsherrn keinen Teilnahmeanspruch haben, vom EKEG grundsätzlich unberührt bliebe. Die Begründung für diese Judikatur läge schon bisher nicht im Eigenkapitalersatzrecht, sondern in einer Qualifikation der Einlage als Eigenkapital entsprechend den getroffenen vertraglichen Abreden. Unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien zum EKEG würde die Fortschreibung der Rechtsprechung des OGH, wonach atypisch stille Gesellschafter im Insolvenzverfahren des Geschäftsherrn keinen Teilnahmeanspruch haben (8 Ob 4,5/95; 8 Ob 2124/96b), zu einem sachlich nicht begründbaren Wertungsunterschied zwischen einem Anleger und einem stillen Gesellschafter im Sinn des § 10 Abs 2 EKEG führen, der offensichtlich vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht gewollt ist. Tatsächlich lag die Begründung für den abgelehnten Insolvenzteilhahmeanspruch bei der Entscheidung 8 Ob 2124/96b darin, dass der OGH einen Schadenersatzanspruch

gegenüber der Gesellschaft an sich verneinte; ein solcher sei gegen die für die deliktische Schädigung verantwortlichen Dritten zu richten.

Die Klägerin kann auch nicht einem Aktionär gleichgestellt werden, weil sie als Genussscheininhaberin nur Anteil an dem von der Schuldnerin eingesammelten Anlagekapital hatte (vgl §§ 8, 9 Abs 1 und 15 Beteiligungsfondsgesetz).

De jure (im Sinn der Entscheidung 7 Ob 77/10i) hatten die Genussrechtsinhaber die Möglichkeit, von ihrem ordentlichen und außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Drittgläubiger haben kein schützenswertes Interesse daran, dass das von den Genussrechtsinhabern eingebrachte Kapital in der Gesellschaft verbleibt.

Von einem ungleichen Informationsstand von reinen Drittgläubigern der Gesellschaft und Anlegern über die Bonität der Gesellschaft kann nicht ausgegangen werden; die Wahrscheinlichkeit, durch vorerst nicht erkennbare deliktische Handlungen von Organen der Gesellschaft einen Schaden zu erleiden, ist für Drittgläubiger als auch für Anleger gleich hoch. Eine unterschiedliche Behandlung von reinen Drittgläubigern und Anlegern im Insolvenzverfahren der Gesellschaft ist nach Rechtsansicht des Berufungsgerichts daher nicht angebracht. Auf eine Auslegung der Genussscheinbedingungen nach § 915 ABGB - wie sie die Beklagte anstellt - kommt es daher nicht an. Bei der Klägerin ist der Schaden bereits beim Erwerb 2005 bis 2007 spätestens im Jahr 2008 eingetreten, nachdem es ihr nicht mehr möglich war, ihre Genussscheine an der Börse zu verkaufen und die Schuldnerin keine Genussscheine mehr zurückgekauft und auch keinen Kurs mehr veröffentlicht hat. Ein besonders den Genusscheininhabern gegenüber schützenswertes Interesse der Drittgläubiger ist auch nicht erkennbar, stand den Genusscheininhabern doch ungeachtet anderslautender Bedingungen auch ein Kündigungsrecht zu (1 Ob 105/10p).

Das US-amerikanische Kapitalmarktrecht ordnet Schadenersatzansprüche geschädigter Aktienerwerber bzw -verkäufer in der Insolvenz der Gesellschaft den vorrangigen Ansprüchen der Fremdkapitalgeber nach. Im deutschen Recht entspräche dem eine Einreihung der betreffenden kapitalmarktrechtlichen Ansprüche in die Gruppe der Ansprüche der nachrangigen Insolvenzgläubiger (vgl Baums, Haftung wegen Falschinformation des Sekundärmarktes ZHR 167 (2003), 170 mwN). Das mehrfach für eine Nachrangigkeit verwendete Argument, dass andernfalls kaum Investoren für die Sanierung des Unternehmens zu finden seien, überzeugt bei dem hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht. Der auch auf Arglist beruhende Schadenersatzanspruch der Klägerin und tausender anderer Geschädigter lässt selbst bei einer nachrangigen Befriedigung eine Sanierung als nahezu ausgeschlossen erscheinen.

§ 57a Abs 1 IO bestimmt die Nachrangigkeit von Forderungen aus eigenkapitalersetzenden

Leistungen gegenüber den Insolvenzforderungen. Da das von der Klägerin für den Erwerb der Genussscheine aufgewendete und der Schuldnerin zugekommene Kapital als Gegenleistung für die ihr nach den Bedingungen dafür zustehenden Genussrechte keinen kapitaleretzenden Charakter hat, eine gesetzliche Grundlage für die ungleiche Behandlung eines Schadenersatzanspruchs des Anlegers gegenüber Drittgläubigern in Österreich nicht besteht und aus den dargelegten Erwägungen eine Nachrangigkeit des Schadenersatzanspruchs der Klägerin sachlich nicht gerechtfertigt ist, war der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO und § 112 Abs 2 IO.

Da bei Feststellungsprozessen nach § 110 IO der Streit ausschließlich eine Geldsumme, nämlich den Betrag betrifft, dessen Feststellung begehrt wird, bestand für das Berufungsgericht kein Anlass zu einem Ausspruch nach § 500 Abs 2 ZPO (vgl RIS-Justiz RS0042401).

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur allfälligen Nachrangigkeit von Schadenersatzansprüchen eines geschädigten Genussrechtinhabers gegenüber Drittgläubigern im Insolvenzverfahren der Gesellschaft fehlt.

---

**Oberlandesgericht Graz, Abteilung 2**  
**Graz, 15.November 2012**  
**Dr.Gerhard Kostka, Senatspräsident**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG