



2 Cg 65 / 03 m

Oberlandesgericht Linz

25

Eing. - 8. Feb. 2006 Uhr.....

.....fach, mit Akt, .....Beil,.....Beiakt  
Rubrik .....

~~Gemeinsame Erbschaft des Landes-~~  
~~Bezirksgericht Linz~~

Eingel. am 13. Feb. 2006 .....Uhr...Min  
.....fach, mit.....Beilag.....Akten  
.....Halbschriften  
.....anbei (SCHÖF)

RECHTSANWÄLTE  
DR. KOSESNIK-WEHRLE  
DR. LANGER  
16. Feb. 2006  
EINGELANGT  
FRIST: .....

**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schinko als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Fellingner, Dr. Hoch, Hon. Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei Imperial Immobilienanlagen Aktiengesellschaft, 4020 Linz, Haffnerstraße 7/8, vertreten durch Dr. Hans Oberndorfer und andere Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 41.000) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 4.500), infolge Revision beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 9. Dezember 2004, GZ 1 R 128/04f-19, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 21. April 2004, GZ 2 Cg 65/03m-15, teilweise abgeändert und teilweise bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision des Klägers wird Folge gegeben; der Revision der Beklagten wird nicht Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung einschließlich des bestätigten Teiles insgesamt zu lauten hat:

„1. Die Beklagte ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

„Sowohl die Inhaber der IMPERIAL Commerzimmobilien Gewinnscheine als auch die IMPERIAL AG sind berechtigt, die Gewinnscheine mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines jeden Geschäftsjahres, frühestens jedoch zum 31. 12. 2025 zu kündigen. Auf ein Kündigungsrecht vor diesem Zeitpunkt verzichten die Gewinnscheininhaber und die IMPERIAL AG auch für den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.

2. Dem Kläger wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstags-Ausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.

3. Die Beklagte ist weiters schuldig, der Klägerin die mit EUR 9.933,14 (darin enthalten EUR 1.475,19 USt und EUR 1.082 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz, die mit EUR 4.047,80 (darin enthalten EUR 409,30 USt und EUR 1.592 Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit EUR 3.164,06 (darin enthalten EUR 386,01 USt und EUR 848 Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG klageberechtigter Verein. Die Beklagte vertreibt seit 1990 IMPERIAL Commerzimmobilien Gewinnscheine Serie 1 und 2, IMPERIAL Wachstumsimmobilien Gewinnscheine Serie 1 und 2 sowie IMPERIAL Wohnimmobilien Gewinnscheine. Sie tritt im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Sinn des KSchG in Kontakt und verkauft an diese die genannten Gewinnscheine unter Zugrundelegung der von ihr erstellten Bedingungen (Fondsbedingungen), die für sämtliche von ihr emittierten Gewinnscheine inhaltlich gleich lauten.

§ 9 Z 3 dieser Bedingungen lautet:

„Sowohl die Inhaber der IMPERIAL Wachstumsimmobilien Gewinnscheine (gilt stellvertretend für sämtliche anderen emittierten Gewinnscheine der Beklagten) als auch die IMPERIAL AG sind berechtigt, die Gewinnscheine mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines jeden Geschäftsjahres, frühestens jedoch zum 31. 12. 2025 zu kündigen. Auf ein Kündigungsrecht vor diesem Zeitpunkt verzichten die Gewinnscheininhaber und die IMPERIAL AG auch für den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes. ....“

Der Kläger stützt sein im Urteilsspruch wiedergegebenes Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren im Wesentlichen darauf, dass die beanstandete Klausel nach den §§ 6 KSchG und 879 Abs 3 ABGB unzulässig sei. Bei Dauerschuldverhältnissen stehe nach dem allgemeinen Zivilrecht jeder Vertragspartei ein vorzeitiges Kündigungsrecht zu, wenn ein wichtiger Grund

vorliege, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar mache. Ein Ausschluss dieses außerordentlichen Kündigungsrechtes für einen Zeitraum von bis zu 35 Jahren verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Die Klausel sei überdies gemäß § 879 Abs 3 ABGB unzulässig, da regelmäßig keine sachliche Rechtfertigung dafür bestehen könne, ein Kündigungsrecht des Verbrauchers auch in solchen Fällen auszuschließen, in denen ihm die Fortsetzung des Vertrages tatsächlich unzumutbar sei. Auch der in der Klausel vorgesehene Verzicht der Gewinnscheininhaber auf eine ordentliche Kündigung bis zum 31. 12. 2025 sei gemäß den genannten Bestimmungen unzulässig, weil der Verbraucher für einen unangemessen langen Zeitraum von bis zu 35 Jahren an den Vertrag gebunden sei. Der Verbraucher habe kein Recht auf eine Gewinnausschüttung, trage aber gleichzeitig, ohne dass er irgendwelche mitgliedschaftlichen Verwaltungs- und Kontrollrechte hätte, das volle unternehmerische Risiko. Der Gewinnscheininhaber habe auch nicht die rechtliche Gewähr, die Gewinnscheine bei Bedarf vorzeitig zum jeweiligen Kurswert verkaufen zu können, da sich die ausgebende Gesellschaft nicht verpflichte, für eine Notierung der Gewinnscheine an der Börse oder einen funktionierenden Handel außerhalb der Börse zu sorgen. Eine rechtlich gesicherte Verkaufsmöglichkeit für die Gewinnscheine würde auch nicht durch die Möglichkeit gewährleistet, die Gewinnscheine der ausgebenden Gesellschaft jährlich zwischen 1. 12. und 31. 12., erstmals jedoch zum 1. 12. 1998, zum Rückkauf anzubieten, weil die Gesellschaft die Rücknahme jederzeit „aus kaufmännischen Gründen“ aussetzen oder gänzlich verweigern könne.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete im Wesentlichen ein, die Gewinnscheine könnten jederzeit - auch ohne ihre Zustimmung - entsprechend Angebot und Nachfrage an Dritte übertragen werden. Dem Gewinnscheininhaber stünden auch Mitwirkungs- und Kontrollrechte zu. Die Fondsbedingungen seien aktienähnlich ausgestaltet und würden daher einer an aktienrechtlichen und damit gesellschaftsrechtlichen Normen und Grundsätzen ausgerichteten Inhaltskontrolle unterliegen. Aufgrund der Mittelverwendung, nämlich dem Erwerb von Immobilien, sei es sowohl für die Beklagte als auch für die Gewinnscheininhaber von eminenter Bedeutung, dass das lukrierte Gewinnscheinkapital bei der Beklagten langfristig gebunden sei und nicht kurzfristig von einzelnen Gewinnscheininhabern abgezogen werden könne. Der Ausschluss jeglichen Kündigungsrechts (beider Seiten) diene somit dem Schutz der Beklagten vor überraschendem Kapitalabfluss. Mit dem Ausschluss der Möglichkeit einer Kündigung verbunden sei auch die Qualifikation des Gewinnscheinkapitals als Eigenkapital in der Bilanz der Beklagten. Die Gewinnscheininhaber hätten sich selbst in ihrer Versammlung im Jahr 1993 entschlossen, die Gewinnscheine lediglich im außerbörslichen Handel einzuführen und auf eine Börsennotierung zu verzichten. Überdies sei zusätzlich im Jahr 1998 die Möglichkeit der Rücknahme von Gewinnscheinen durch die Beklagte geschaffen worden. Der Ausschluss des Kündigungsrechtes sei weder gesetz- noch sittenwidrig.

Mit Schriftsatz vom 30. 3. 2004 (ON 13a) brachte die Beklagte noch ergänzend vor, am 11. 3. 2004 seien neben einer ordentlichen Hauptversammlung auch

Versammlungen der Inhaber sämtlicher emittierter Gewinnscheine abgehalten worden, in denen die Fondsbedingungen in ihren §§ 3 Z 5, 9 Z 2 Satz 2 und 12 ergänzt bzw abgeändert worden seien. Zusammenfassend seien den Inhabern von Gewinnscheinen bisher faktisch gewährte aktionärsähnliche Mitverwaltungs- und Kontrollrechte nunmehr auch rechtlich durchsetzbar eingeräumt worden, sowie die Verpflichtung der Beklagten zum Rückkauf von Gewinnscheinen verdeutlicht und bekräftigt worden. Die Beklagte werde die Fondsbedingungen in der bisherigen Form nicht mehr verwenden.

Der Kläger hielt diesem Vorbringen entgegen, dass daraus keine Rückwirkung der Fondsbedingungen auf bereits bestehende Verträge ersichtlich sei. Den Genussscheininhabern komme nach wie vor keine Rechtsstellung zu, die einem Aktionär vergleichbar wäre, obwohl sie dieselben Risiken und Pflichten treffen würden.

Der Kläger nahm einen von der Beklagten in der Tagsatzung am 6. 4. 2004 angebotenen Unterlassungsvergleich nicht an, weil er jegliche künftige Änderungen der Gewinnscheinfondsbedingungen gemäß § 12 Z 5 der jeweiligen Bedingungen vorbehalte und auch nicht geeignet sei, die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der Verwendung der ursprünglichen Bedingungen auszuschließen, da keine adäquate Veröffentlichung des Vergleiches angeboten worden sei.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Nach seinen Rechtsausführungen habe der potentielle Kunde, der Gewinnscheine der Beklagten erwerben wolle, jede erdenkliche Möglichkeit zu prüfen, ob ihm diese gewählte Anlageform entspreche. Zweck der

Ausgabe der Gewinnscheine sei, dass mit dem lukrierten Geld in Immobilien investiert werde, was naturgemäß nur langfristig einen wirtschaftlichen Sinn ergebe, weil Immobilien eine Abschreibungszeit von etwa 30 bis 50 Jahre hätten. Wäge man nun die beiderseitigen Interessen ab, so sei darauf abzustellen, dass die Beklagte ausschließlich Interesse daran habe, das eingenommene Kapital aus Gewinnscheinverkäufen möglichst langfristig investieren zu können, weil sich nur eine langfristige Investition bei einer Anlage in Immobilien rechne, wodurch andererseits der Wert des Gewinnscheines steige, was schließlich im Auseinandersetzungsguthaben nach ordentlicher Beendigung des Vertragsverhältnisses auch beim Gewinnscheininhaber zum Ausdruck komme. Die Gewinnscheininhaber hätten Kontrollrechte, würden an der Versammlung der Gewinnscheininhaber teilnehmen, hätten Antrags-, Auskunfts- und Beschlussrechte; die Bedingungen könnten mit entsprechender Mehrheit abgeändert werden; sie hätten Anspruch auf ihren Anteil des jeweiligen Rechnungskreises auf Jahresüberschuss, welcher derzeit thesauriert werde und Anspruch auf Abwicklungsüberschuss bzw Liquidationserlös des jeweiligen Rechnungskreises im Falle der Liquidation. Die lange Bindung der Gewinnscheininhaber sei unbedingt erforderlich und diene dem Schutz der Aktionäre und Gläubiger der Beklagten. Die Beklagte müsste bei Gewährung eines außerordentlichen Kündigungsrechtes das in der Bilanz als Eigenkapital aufscheinende Gewinnscheinkapital als Fremdkapital ansetzen, was zur Überschuldung der Beklagten führen würde. Dies könne bei Abwägung der beiderseitigen Interessen auch nicht im Interesse der Gewinnscheininhaber gelegen sein.



Gewinnscheine seien gemäß § 174 Abs 3 AktG Genussrechte. Da der Gesetzgeber auf eine genaue Ausgestaltung verzichtet habe, bestehe weitgehende Gestaltungsfreiheit. Das auf die Einräumung von Genussrechten gerichtete Rechtsgeschäft sei ein Vertrag sui generis und begründe ein Dauerschuldverhältnis. Im Gesellschaftsrecht sei der Ausschluss eines Kündigungsrechtes nichts Außergewöhnliches. So sei gemäß § 23 Abs 4 BWG bei Genussrechten der Ausschluss des ordentlichen und des außerordentlichen Kündigungsrechtes vorgesehen. Auch für Aktien - dieser Anlageform würden die Genussrechte wohl am ehesten nahekommen, da sie auch im Aktienrecht geregelt seien - sei eine Kündigung nicht vorgesehen. Bei der Ausgestaltung der gegenständlichen vertraglichen Rechte und Pflichten aufgrund der Fondsbedingungen erachte das Gericht keine gröbliche Benachteiligung der Gewinnscheininhaber darin, dass sie einerseits bis zum 31. 12. 2025 an den Vertrag gebunden seien und andererseits auch aus wichtigem Grund kein Kündigungsrecht hätten.

Das Berufungsgericht erkannte die Beklagte in teilweiser Stattgebung der Berufung des Klägers schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der inkriminierten Klausel insoweit, als dadurch die Gewinnscheininhaber und die Imperial AG auf ein (außerordentliches) Kündigungsrecht vor diesem Zeitpunkt (31. 12. 2005) auch für den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes verzichten, oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es ferner zu unterlassen, sich auf diese oder eine sinngleiche

Klausel zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sei. Dem Kläger wurde die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung des klagsstattgebenden Teiles erteilt. Das auf Unterlassung der Verwendung der weiters inkriminierten Klausel gerichtete Mehrbegehren sowie das darauf bezugnehmende Veröffentlichungsbegehren wurden abgewiesen. Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes jeweils EUR 20.000 übersteige und die ordentliche Revision jeweils zulässig sei.

Das Berufungsgericht führte in seiner rechtlichen Beurteilung im Wesentlichen aus, der in den Gewinnscheinbedingungen geregelte zeitlich bis 31. 12. 2025 befristete beiderseitige Verzicht sowohl auf die ordentliche als auch auf die außerordentliche Kündigung sei einer Überprüfung gemäß den §§ 6 Abs 1 Z 1 KSchG und 879 Abs 3 ABGB zu unterziehen. Der Oberste Gerichtshof habe in seiner Entscheidung 7 Ob 267/02v vom 29. 1. 2003 (= ÖBA 2003/1135, 694 [Kalss] =GeS 2003, 251 [van Husen] und andere) ausgeführt, dass so wie im Bereich des Gesellschaftsrechtes eine unbefristete Bindung des Kapitals nichts Ungewöhnliches sei, solange die Gesellschaft nicht aufgelöst werde, auch gegen den Ausschluss der (ordentlichen) Kündigung bei Gewinnscheinen (konkret 27 ½ Jahre bis 31. 12. 2020) aufgrund ihrer Börsengängigkeit im Grunde nichts einzuwenden sei. Wenn dem Anleger also eine andere „Exit-Möglichkeit“ oder Beendigungs- bzw Übertragungsmöglichkeit der Investmentbeziehung zur Verfügung stehe, nämlich etwa der Verkauf des Genussrechtes über die Börse an einen anderen Anleger oder sonstige Verkaufsmöglichkeiten, sei ein Ausschluss des

ordentlichen Kündigungsrechtes nicht im Sinn des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG und des § 879 Abs 3 ABGB zu beanstanden. Im vorliegenden Fall sei zwar beschlossen worden, die Gewinnscheine der Beklagten nicht an der Börse notieren zu lassen, doch seien sie grundsätzlich - neben der Rücknahmemöglichkeit durch die Beklagte zu bestimmten Konditionen - im außerbörslichen Handel an Dritte jederzeit frei übertragbar. Dass ein derartiger Markt von Angebot und Nachfrage abhängig sei, sei selbstverständlich. Den veräußernden Anleger treffe dabei das Marktrisiko. Maßgeblich sei aber, ob im Zeitpunkt des Erwerbes des Genussrechtes faktische Verkaufsmöglichkeiten bestanden hätten. Eine nachträgliche Verschlechterung der Veräußerungsmöglichkeit durch eine unvorhergesehene Veränderung der Marktlage schade nicht; entscheidend sei vielmehr, ob die nachträgliche Verschlechterung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits „angelegt“ gewesen sei. Auch wenn die hier zu beurteilenden Gewinnscheine nicht an der Börse notiert seien, sei davon auszugehen, dass, jedenfalls solange Gewinne erwirtschaftet worden seien, auch eine faktische Veräußerungsmöglichkeit an Dritte zu einem bestimmten Kurswert bestanden habe. Auch fehlende oder nach Ansicht des Klägers zu gering ausgestaltete Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Gewinnscheininhaber änderten nichts an der Zulässigkeit eines Ausschlusses der ordentlichen Kündigung.

Dazu komme im vorliegenden Fall, dass bei Investitionen in Immobilien beträchtliches Kapital über einen langen Zeitraum gebunden sei und häufig Fremdmittel verwendet würden. Der Initiator und Investor eines solchen Unternehmens nehme daher gewöhnlich ein hohes

wirtschaftliches Risiko in Kauf. Dies erfordere grundsätzlich längere Bindungsfristen, um die Investitionsentscheidungen kalkulierbar zu machen. Die Gewinnscheine der Beklagten seien aktienähnlich ausgestaltet, das Gewinnscheinkapital sei in der Bilanz der Beklagten als Eigenkapital ausgewiesen, sodass grundsätzlich gesellschaftsrechtliche und nicht privatrechtliche Maßstäbe anzulegen seien. Langfristige Bindungen seien daher bei Genussscheinen grundsätzlich zulässig. Auch der Umstand, dass das Genussrecht mit einer stillen Gesellschaft zumindest vergleichbar erscheine, ändere daran nichts, weil selbst wenn man den Verweis des § 184 Abs 1 HGB dahin verstehe, dass Art 7 Nr 14 EVHGB nicht anzuwenden sei, jedenfalls ein vorübergehender Ausschluss der (ordentlichen) Kündigungsmöglichkeit zulässig sein müsse, weil er die Gesellschafter nicht stärker belaste als eine von vornherein auf eine bestimmte Zeit eingegangene gesellschaftliche Bindung. Auch gegen die konkrete Dauer von bis zu 35 Jahren bestünden unter Zugrundelegung aller dargestellten Umstände keine Bedenken. Es sei daher ein Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes im Sinn des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG und des § 879 Abs 3 ABGB nicht zu beanstanden.

Die Unkündbarkeit eines Dauerschuldverhältnisses stehe allerdings nach ständiger Judikatur seiner Auflösung aus einem wichtigen Grund grundsätzlich nicht entgegen; diese sei den Dauerschuldverhältnissen vielmehr immanent und könne nicht abbedungen werden. Für eine stille Gesellschaft normiere § 184 Abs 1 HGB, dass eine Vereinbarung, durch die ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ausgeschlossen oder beschränkt werde, nichtig sei. Auf der anderen Seite werde für den Banken- und

Versicherungssektor in den Bestimmungen der §§ 23 Abs 4 BWG und 73c Abs 1 VAG vorgesehen, dass die Zurechnung von Partizipationskapital zu den Eigenmitteln der Bank oder der Versicherungsunternehmung den vertraglichen Ausschluss der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung während der Unternehmensdauer voraussetze. Auch bei den anderen aktiengleichen Genussrechten, bei denen die Emittenten den Zweck verfolgten, das Genussrechtskapital als Eigenkapital auszuweisen, erkläre sich die regelmäßige Gestaltung des Ausschlusses der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung aus den Anforderungen, die das Rechnungslegungsrecht und die Praxis der Wirtschaftsprüfung an die Eigenkapitaleigenschaft stelle. So dürfe nach der Stellungnahme des Fachsenats für Handelsrecht und Revision der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Bilanzierung von Genussrechten Genussrechtskapital nur dann als Eigenkapital behandelt werden, wenn es dem Unternehmen unbefristet zur Verfügung gestellt werde und das Recht des Genussrechtsinhabers, vor Ablauf der Unternehmensdauer Rückzahlung zu verlangen, jedenfalls ausgeschlossen sei. Dennoch sei von der Unzulässigkeit des Ausschlusses bzw der Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechtes auf einen derart langen Zeitraum auszugehen. Die §§ 23 Abs 4 BWG und 73c Abs 1 VAG hätten die Struktur dergestalt, dass, wenn die dort normierten Voraussetzungen vorliegen, eine Anerkennung als Eigenmittel erfolge, und nicht die Struktur von Bestimmungen, die in die Vertragsfreiheit oder in schuldrechtlich allgemein anerkannte Gestaltungsschranken eingreifen. Schon diese Struktur verbiete es grundsätzlich, aus den Bestimmungen einen so gravierenden Eingriff in

allgemeine schuldrechtliche Prinzipien, wie es die Anerkennung der Wirksamkeit des Ausschlusses der außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses wäre, abzuleiten. Dazu komme die rein aufsichtsrechtliche Zielsetzung der beiden Bestimmungen. Sie bezweckten, im Interesse einer funktionsfähigen Kredit- bzw. Versicherungswirtschaft die Zahlungsfähigkeit von Banken und Versicherungsunternehmungen durch verpflichtende Eigenmittelquoten abzusichern und bestimmte Eigenkapitalsurrogate in die Beurteilung, ob die festgelegten Eigenmittelquoten erreicht seien, einzubeziehen. Sie bezweckten dagegen offensichtlich nicht, das Recht der Dauerschuldverhältnisse für einen bestimmten Ausschnitt neu zu gestalten. Würde man eine andere Ansicht vertreten, läge auch ein unauflösbarer Wertungswiderspruch zu den Regelungen der stillen Gesellschaft, insbesondere § 184 Abs 1 letzter Satz HGB vor. Die Ausgestaltung der Genussrechte rechtfertige eine derart unterschiedliche Behandlung relativ gleichwertiger Konstruktionen nicht. Selbst wenn man davon ausgehe, dass das außerordentliche Kündigungsrecht (nur) für eine begrenzte angemessene Zeit ausgeschlossen werden könne, weil aus Überlegungen der Eigenkapitalqualität ein Interesse des Emittenten auf Schutz vor überraschendem Kapitalabfluss zu beachten sei, sei im Rahmen der gebotenen Interessensabwägung ein Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes für bis zu 35 Jahre bzw. bis 31. 12. 2025 als nicht mehr angemessen anzusehen. Letztlich gehe auch der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 7 Ob 267/02v von einem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund aus. Auch die theoretische Veräußerbarkeit der verbrieften Genussscheine ändere nichts daran, dass es

sich um ein Dauerschuldverhältnis handle, das grundsätzlich aus wichtigem Grund aufgelöst werden könne. Ein Abgehen von diesem Grundsatz erscheine auch bei der Gewinnscheinkonstruktion der Beklagten nicht gerechtfertigt, zumal mangels Notierung an der Börse bzw mangels Schaffung eines leicht zugänglichen Marktes der Weitergabemöglichkeit nicht eine so weitreichende Bedeutung zukomme, dass ein Ausschluss oder eine sehr weitgehende Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechtes ausnahmsweise für zulässig im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB erkannt werden könne.

Das Unterlassungsbegehren des Klägers erweise sich daher im Hinblick auf den in den Gewinnscheinbedingungen jeweils bis 31. 12. 2025 vorgesehenen Verzicht auf das außerordentliche Kündigungsrecht als berechtigt, ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung allfälliger Mitwirkungs-, Teilnahme- oder Informationsrechte der Gewinnscheininhaber ankomme, hinsichtlich des Verzichtes auf das ordentliche Kündigungsrecht hingegen als nicht berechtigt. Im Umfang der Berechtigung des Unterlassungsbegehrens sei auch das Veröffentlichungsbegehren berechtigt.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision gegen den stattgebenden und auch gegen den abweisenden Teil seiner Entscheidung zulässig sei, weil - abgesehen von der Entscheidung 7 Ob 267/02v, in der der Oberste Gerichtshof die Zulässigkeit des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung bei Gewinnscheinen aufgrund ihrer Börsengängigkeit bejaht habe - keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes betreffend eine Inhaltskontrolle von Klauseln von Genussscheinbedingungen, die ein ordentliches

und außerordentliches Kündigungsrecht ausschließen bzw weitgehend beschränken, vorliege.

Gegen den stattgebenden Teil dieser Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Wiederherstellung des zur Gänze klagsabweisenden Ersturteils. Der Kläger bekämpft den abweisenden Teil der Entscheidung wegen Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer vollinhaltlichen Klagsstattgebung. Hilfsweise werden von beiden Parteien Aufhebungsanträge gestellt.

Beide Parteien beantragen in ihren Revisionsbeantwortungen, die Revision der Gegenseite als unzulässig zurückzuweisen bzw ihr keine Folge zu geben.

Beide Revisionen sind zulässig, weil der Oberste Gerichtshof in der ebenfalls Genussrechte nach § 174 Abs 3 AktG betreffenden Entscheidung 7 Ob 267/02v (= ÖBA 2003/1135, 694 [Kalss] = GeS 2003, 251 [van Husen] und andere) zur Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses der außerordentlichen Kündigung nicht ausdrücklich Stellung genommen hat und die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses einer ordentlichen Kündigung lediglich für an der Börse notierte Genussscheine beurteilt hat, während die klagsgegenständlichen Genussscheine nicht an der Börse notiert sind. Die Revision des Klägers ist auch berechtigt, jene der Beklagten ist nicht berechtigt.

Der Kläger macht in seinen Rechtsmittelausführungen zur Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechtes bis zum 31. 12. 2025 - zusammengefasst - geltend, der Oberste



Gerichtshof sei in der Entscheidung 7 Ob 267/02v davon ausgegangen, dass die Unkündbarkeit von Genussrechtsverhältnissen über einen derart langen Zeitraum (damals: 27 ½ Jahre) (nur) dann gerechtfertigt sei, wenn die Gewinnscheine an der Börse notierten. Nur so habe der Anleger eine ausreichende Gewähr dafür, das investierte Kapital bei Bedarf durch Verkauf des Wertpapiers zu einem Kurswert zu liquidieren, der auf einem organisatorischen Regelungen unterworfenen Markt gebildet geworden sei. Obwohl die gegenständlichen Gewinnscheine nicht an der Börse gehandelt würden, meine das Berufungsgericht in Abweichung von dieser vom Obersten Gerichtshof vertretenen Rechtsansicht, dass der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes gerechtfertigt sei. Doch selbst wenn man der Ansicht wäre, dass mangels einer Börsengängigkeit eine im Zeitpunkt des Erwerbes der Gewinnscheine bestehende faktische Veräußerungsmöglichkeit im außerbörslichen Handel ausreiche, um den Gewinnscheininhaber derart lange an den Vertrag zu binden, könne dies nicht für jene Gewinnscheininhaber gelten, welche ihre Gewinnscheine nach dem Kursverfall 1998 von der Beklagten erworben hätten. In diesen Fällen habe nämlich schon beim Erwerb, also von vornherein, keine faktische Veräußerungsmöglichkeit im außerbörslichen Handel zum Kurswert mehr bestanden, sodass diese Gewinnscheininhaber von Anfang an keine andere, das fehlende ordentliche Kündigungsrecht ersetzende „Exit-Möglichkeit“ gehabt hätten. Das gegenständliche Genussrechtsverhältnis sei zwar hinsichtlich der Risiko- und Pflichtenlage des Verbrauchers aktienähnlich ausgestaltet, wodurch grundsätzlich ein Verzicht auf das (ordentliche) Kündigungsrecht für die Dauer von bis zu 35 Jahren zulässig

wäre. Dies wäre jedoch entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes nur dann der Fall, wenn zumindest dahingehend ein angemessener Ausgleich stattfände, als diese aktienähnliche Ausgestaltung auch die Rechte der Gewinnscheininhaber und nicht nur deren Risiken betreffe.

Die Beklagte macht dem gegenüber in ihren Rechtsmittelausführungen zur Frage des Ausschlusses des außerordentlichen Kündigungsrechtes bis zum 31. 12. 2025 - zusammengefasst - geltend, die Genussrechtsverhältnisse seien aufgrund ihrer inhaltlichen Ausgestaltung, insbesondere dem Anspruch auf Zuteilung des anteilmäßigen Jahresgewinns sowie dem Anspruch auf Auszahlung eines Liquidationserlöses (nach Auflösung des jeweiligen Gewinnscheinrechnungskreises samt Einzug der Gewinnscheine) aktienähnlich ausgestaltet. Dies ergebe sich weiters daraus, dass die Genussrechtsverhältnisse in frei übertragbaren Inhaberwertpapieren verbrieft seien und den Gewinnscheininhabern das Recht zustehe, autonom über eine Abänderung der inhaltlichen Ausgestaltung der Genussrechtsverhältnisse gegenüber der Beklagten zu entscheiden. Da auch im Aktienrecht eine außerordentliche Kündigung der Rechtsverhältnisse zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aktionär nicht vorgesehen sei, sei auch bei den vorliegenden Genussrechtsverhältnissen die inkriminierte Klausel nicht sittenwidrig. Dies ergebe sich weiters aus den Regeln der §§ 23 Abs 4 BWG sowie 73c Abs 1 VAG, die einen Verzicht des Berechtigten auf jegliche Kündigung als Voraussetzung für die Anerkennung des eingezahlten Kapitals als Eigenkapital forderten. Nach herrschender Meinung habe der Gesetzgeber mit diesen Bestimmungen kein „Sonderprivatrecht“ schaffen wollen,

sondern er habe vielmehr eine derartige Vertragsgestaltung als nach allgemeinem Zivilrecht bei Genussrechtsverhältnissen als zulässig vorausgesetzt. Im Zuge der Interessenabwägung sei weiters zu berücksichtigen, dass die Beklagte das Gewinnscheinkapital zur Anschaffung von Immobilien verwendet und im Übrigen in der Bilanz auch als „Eigenkapital“ ausgewiesen habe. Die Beklagte habe daher ein vitales wirtschaftliches Interesse daran, dass es zu keinem plötzlichen Kapitalabfluss komme, weil dann die angeschafften Immobilien zum Schaden aller Gewinnscheininhaber möglicherweise zu nicht angemessenen Preisen verkauft werden müssten.

Die inkriminierte Klausel stehe auch mit dem Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse grundsätzlich durch außerordentliche Kündigung auflösbar seien, nicht im Widerspruch, weil es sich bei den vorliegenden Genussrechtsverhältnissen nicht um „herkömmliche“ Dauerschuldverhältnisse handle. Gerade die Tatsache, dass der Gesetzgeber im § 174 AktG keinerlei Regelung zur außerordentlichen Kündigung getroffen habe (wie beispielsweise in § 184 Abs 1 letzter Satz HGB zur stillen Gesellschaft), deute darauf hin, dass er im Hinblick auf die Ausgestaltung von Genussrechtskapital als Eigenkapital ganz bewusst auch den Ausschluss einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit vorsehen wollte. Auch der vom Berufungsgericht angenommene Wertungswiderspruch zu der stillen Gesellschaft liege in Wahrheit nicht vor, weil es sich bei dieser typischerweise um eine personalistisch organisierte Gesellschaft handle, bei der typischerweise mangels Übertragbarkeit der Gesellschafterstellung auf Dritte ohne Zustimmung des Geschäftsherrn eine sofortige jederzeitige

Auflösung wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung möglich sein müsse, wogegen die vorliegenden Genussrechtsverhältnisse in Inhaberwertpapieren verbrieft und daher frei übertragbar seien und im Übrigen auch kein zweigliedriges, sondern ein mehrgliedriges Rechtsverhältnis (zwischen allen Gewinnscheininhabern und der Beklagten) vorliege. Die Gewinnscheine seien im Übrigen auch faktisch übertragbar und bestehe eine Rückkaufsverpflichtung der Beklagten gegenüber den Gewinnscheininhabern. Bezeichnenderweise halte auch das Berufungsgericht die grundsätzliche Möglichkeit des Ausschlusses der außerordentlichen Kündigung für einen bestimmten Zeitraum offensichtlich für zulässig, da es die Klagsstattgebung bezüglich der inkriminierten Klausel im Wesentlichen mit dem Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion im Verbandsverfahren begründe. Aufgrund der grundsätzlichen Börsengängigkeit der in Rede stehenden Gewinnscheine (der tatsächliche Börsegang sei im Jahr 1993 aufgrund eines Beschlusses der Gewinnscheininhaberversammlung nicht durchgeführt worden) und des existierenden Marktes (zumindest über die Imperial Liegenschaftsverwaltungs Treuhand Gesellschaft mbH und die Rückkaufsverpflichtung der Beklagten) seien auch die anderen Argumente des Berufungsgerichtes nicht überzeugend. Die inkriminierte Klausel sei daher nicht sittenwidrig.

Der erkennende Senat hat dazu zunächst Folgendes erwogen:

Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend und unbekämpft ausgeführt hat, sind die hier zu beurteilenden Gewinnscheinbedingungen Grundlage für Vertragsbeziehungen, die die Gewährung von Genussrechten nach § 174

Abs 3 AktG zum Gegenstand haben. Gesetzliche Regelungen, die das Institut des Genussrechtes genauer definieren und ihre rechtliche Gestaltung regeln, fehlen. Hintergrund für diese gesetzgeberische Zurückhaltung - in Österreich gleichermaßen wie in Deutschland - war das Bestreben, die Entwicklung dieses Instrumentes unter Achtung des Prinzips der Privatautonomie möglichst nicht zu behindern. Genussrechte werden in der Regel als Gegenleistung für Unternehmensfinanzierung eingeräumt und gewähren Ansprüche auf einen Teil des Gewinnes, oft auch eine Beteiligung am Liquidationsergebnis. Genussrechte können jedoch alle Rechte betreffen, die typischerweise Vermögensrechte eines Aktionärs sein können, nicht aber Verwaltungsrechte, insbesondere weder Stimmrecht noch Anfechtungsbefugnis. Aufgrund eines Genussrechtes bestehen daher grundsätzlich keine mitgliedschaftlichen Rechte. Solche Rechte können auch durch Vertrag nicht eingeräumt werden, wohl aber Informationsrechte, etwa in Form eines Teilnahmerechtes an der Hauptversammlung der Aktionäre (ohne Rede- und Antragsrecht) oder eines Rechtes auf Einsichtnahme in den Jahresabschluss (Nagele in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> § 174 Rz 27 ff; Wünsch, Der Genussschein im Sinn des § 174 AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche in FS Strasser [1983] 871 ff; Jusits, Genussscheine im österreichischen Zivilrecht, WBl 1987, 81 ff; zur ähnlichen deutschen Rechtslage Lutter in Kölner Komm z dAktG<sup>2</sup> § 221 Rz 196 ff jeweils mwN; 7 Ob 267/02v ua). Im Gegensatz zu Aktien leiten sich Genussrechte also aus keinem Gesellschaftsverhältnis ab, sondern sind schuldrechtlicher Natur und gewähren reine Gläubigerrechte

(van Husen, Genussrechte, Genussscheine Partizipationskapital [1998] 124).

Die Tatsache, dass die rechtliche Ausgestaltung der Genussrechte keiner besonderen gesetzlichen Regelung unterliegt, bedeutet für den Emittenten weitgehende Gestaltungsfreiheit. Der Privatautonomie sind grundsätzlich (nur) durch die Bestimmungen der §§ 864a, 879 ABGB und § 6 KSchG Grenzen gesetzt (7 Ob 267/02v mwN). Das Genussrecht ist auf Dauer angelegt, da das Kapital dem Unternehmer für längere Zeit zur Verfügung gestellt wird. Im Besonderen sind Genussrechte auf wiederkehrende Leistungen, nämlich Zins- und Dividendenzahlungen, gerichtet, wodurch ihr Charakter als Dauerschuldverhältnis deutlich wird (van Husen, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital aaO 116; Nagele aaO § 174 Rz 32 mwN; 7 Ob 267/02v). Ihm liegen regelmäßig formularmäßige Bedingungen zugrunde, welche den für allgemeine Geschäftsbedingungen auch sonst geltenden Vorschriften unterliegen. Genussscheinbedingungen unterliegen insbesondere der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB, da sich Genussrechte in einem geldwerten Anspruch erschöpfen und darin ihr Charakter als schuldrechtliches Gläubigerrecht zum Ausdruck kommt (Nagele aaO § 174 Rz 39; Kalss, Anlegerinteressen: Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt [2001] 148 ff ua).

Bei der Angemessenheitskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB ist objektiv auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen; für diesen Zeitpunkt ist eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenprüfung vorzunehmen. Durch die Bestimmung des

§ 879 Abs 3 ABGB wurde ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System in dem Sinne geschaffen, dass bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners schon dann vorliegt, wenn sie unangemessen ist (7 Ob 267/02v mwN ua; RIS-Justiz RS0016914). Für die inhaltliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehung Anleger - Emittent gelten für Genussrechte allerdings nur in beschränktem Maß dispositive gesetzliche Vorbilder. Als Parallel- oder Vorbildregelungen bieten sich - je nach der Zweckverwendung bzw Gestaltung der Genussrechte - die aktienrechtlichen Bestimmungen, die Regelungen über das Partizipationskapital in den Aufsichtsgesetzen des BWG und des VAG, die handelsrechtlichen Regelungen (insbesondere §§ 178 ff HGB über die stille Gesellschaft) und die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze an (Kalss, Anlegerinteressen aaO 152 f).

Nach diesen allgemeinen Ausführungen zum Wesen der Genussrechtsverhältnisse soll im Folgenden zu der hier strittigen Frage der Rechtsunwirksamkeit der inkriminierten Klausel (Ausschluss des ordentlichen und außerordentlichen Kündigungsrechtes bis zum 31. 12. 2025) Stellung genommen werden.

1. Zur Revision der Beklagten (zu dem bis 31. 12. 2025 befristeten Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes):

Wie die Beklagte selbst einräumt, werden Genussrechtsverhältnisse nach der in Österreich - und auch in Deutschland - ganz allgemein herrschenden Auffassung als

Dauerschuldverhältnisse eingestuft (Nagele in Jabornegg/Strasser aaO § 174 Rz 32; Krejci/van Husen, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54 ff [58]; Lindinger, Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, JBl 2003, 724 ff [730]; RIS-Justiz RS0117292; Habersack in Münchener Komm z dAktG<sup>2</sup> § 221 Rz 87; Karollus in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz § 221 Rz 277; BGHZ 119, 305, 330 jeweils mwN). Nach ebenfalls in Rechtsprechung und Lehre unbestrittener Auffassung ist die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung, also einer Kündigung aus wichtigem Grund, allen Dauerschuldverhältnissen immanent (Koziol/Welser, Grundriss II<sup>12</sup> 8; Würth in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1118 Rz 1 f uva; SZ 60/77, SZ 59/42 ua; RIS-Justiz RS0018368). Das Charakteristikum der Dauerschuldverhältnisse besteht vor allem darin, dass bei ihnen im Gegensatz zu den „Zielschuldverhältnissen“ noch so langfristige Erfüllungshandlungen nicht zum Erlöschen der vertraglichen Forderungsrechte führen können, weil die Forderungen immer wieder neu entstehen. Vielmehr ist die Erfüllung solange fortzusetzen, als das Vertragsverhältnis existiert. Diese strukturelle Besonderheit der Dauerschuldverhältnisse hat zu dem in Rechtsprechung und Lehre ganz allgemein anerkannten Grundsatz geführt, dass sie durchwegs - mögen sie einem gesetzlich näher geregelten Vertragstyp wie Arbeitsvertrag, Gesellschaft, Miete, Pacht etc unterfallen oder von „atypischer“ Beschaffenheit sein - ohne Rücksicht auf ihre vereinbarte Dauer stets durch außerordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen, die für einen Vertragspartner Unzumutbarkeit der Fortsetzung begründen,



aufgelöst werden können (F. Bydlinski, Zulässigkeit und Schranken „ewiger“ und extrem langdauernder Vertragsbindung [Heft 58 der Schriftenreihe der NÖ. Juristischen Gesellschaft] 11 f mwN). Ein völliger Ausschluss des Kündigungsrechtes bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis ist daher jedenfalls sittenwidrig und als Verstoß gegen § 879 ABGB anzusehen (SZ 71/141 zu einem Teilzeitnutzungsverhältnis). Auch für Genussrechtsverhältnisse wird ganz allgemein die Auffassung vertreten, dass das Recht auf eine außerordentliche Kündigung im Kern zwingend ist und durch allgemeine Geschäftsbedingungen nicht abbedungen werden kann, wenn das weitere Festhalten am Vertrag für eine Partei unzumutbar ist (Kalss, Anlegerinteressen aaO 494; van Husen, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital 169 f, 210, 235; Lindinger, Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte aaO 730 f; Lutter in Kölner Komm aaO § 221 Rz 269; Karollus in Geßler/Hefermehl; Eckardt/Kropff aaO § 221 Rz 282 ua). Auch der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung 7 Ob 267/02v die Richtigkeit der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, der Genussrechtsvertrag sei als Dauerschuldverhältnis anzusehen, sodass der Genussrechtsinhaber auch grundsätzlich ein unabdingbares Kündigungsrecht aus wichtigem Grund habe, bestätigt. Die von der Beklagten dagegen vorgetragene Argumente bieten keinen Anlass für ein Abgehen von dieser allgemein herrschenden Auffassung. Es ist für die Frage der Unwirksamkeit des Ausschlusses des außerordentlichen Kündigungsrechtes durch die inkriminierte Vertragsklausel auch die konkrete Ausgestaltung allfälliger Mitwirkungs-, Teilnahme- oder Informationsrechte der Gewinnscheininhaber

aufgrund im Jahr 2004 geänderter Fondsbedingungen (aktienähnliche Ausgestaltung) nicht entscheidend. Auch der Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 23 Abs 4 BWG und 73c Abs 1 Z 1 VAG über Partizipationskapital vermag keine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Nach diesen Bestimmungen ist Partizipationskapital Kapital, das eingezahlt ist und auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird. Wie der Kläger in seiner Revisionsbeantwortung unter Hinweis auf die Ausführungen von Lindinger [Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte aaO 730] zutreffend ausführt, bezwecken die angeführten Bestimmungen des BWG und VAG im Interesse einer funktionsfähigen Kredit- bzw Versicherungswirtschaft die Zahlungsfähigkeit von Banken und Versicherungsunternehmungen durch verpflichtende Eigenmittelquoten abzusichern und bestimmte Eigenkapitalsurrogate in die Beurteilung, ob die festgelegten Eigenmittelquoten erreicht sind, einzubeziehen. Die Ausgabe von Partizipationskapital ist nämlich ausschließlich Banken und Versicherungen vorbehalten. Der Gesetzgeber hat also die Ausgabe von Wertpapieren, die als Partizipationskapital ausgestaltet sind, bewusst auf Unternehmen beschränkt, die einer besonderen staatlichen Aufsicht zum Schutz der Kunden vor einer Insolvenz des Unternehmens oder vor einer schlechten Geschäftsgebarung unterliegen. Die Bestimmungen der §§ 23 Abs 4 BWG und 73c Abs 1 VAG bezwecken hingegen nicht, das Recht der Dauerschuldverhältnisse für einen bestimmten Ausschnitt neu zu gestalten. Es kann daher aus diesen Bestimmungen über Partizipationskapital jedenfalls kein so gravierender Eingriff in allgemeine

schuldrechtliche Prinzipien, wie es die Anerkennung der Wirksamkeit des Ausschlusses der außerordentlichen Kündigung eines Genussrechtsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis wäre, abgeleitet werden (Lindinger, über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte aaO 730).

Nach Auffassung von Krejci/van Husen [Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschafter und partiarische Darlehen aaO 54 ff [61]] sind auf von Kaufleuten gewährte Genussrechtsverhältnisse, die - wie im vorliegenden Fall - keine gesellschafterähnlichen Herrschafts- und Verwaltungsrechte gewähren, hilfsweise die Regeln über die typische stille Gesellschaft anzuwenden. Da der stille Gesellschafter gemäß § 184 Abs 1 HGB ein zwingendes außerordentliches Kündigungsrecht hat, würde sich in diesem Fall auch ein unauflösbarer Wertungswiderspruch ergeben, wenn man einen Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes für Genusscheininhaber als zulässig ansehen würde. Soweit van Husen [Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital aaO 172 f] die Auffassung vertritt, das außerordentliche Kündigungsrecht des Genusscheininhabers könne für eine begrenzte angemessene Zeit ausgeschlossen werden, weil aus Überlegungen der Eigenkapitalqualität ein Interesse des Emittenten auf Schutz vor überraschendem Kapitalabfluss zu beachten sei, ist mit den auch insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes davon auszugehen, dass selbst bei Zugrundelegung dieser Ansicht im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung ein Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes aus wichtigem Grund für einen Zeitraum von bis zu 35 Jahren jedenfalls als nicht

mehr angemessen angesehen werden könnte. Dabei ist nämlich zu berücksichtigen, dass das außerordentliche Kündigungsrecht das Reaktionsinstrument bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung eines Vertragsverhältnisses darstellt und der Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes die Anleger ungleich schwerer trifft als den Emittenten, da sie ja regelmäßig sofort ihre Leistung (Kapitalhingabe) erbringen und daher wichtige Gründe, die ein sofortiges Lösungsrecht begründen, viel eher von Seiten des Emittenten gesetzt werden (Kalss, Anlegerinteressen aaO 478). Soweit die Beklagte schließlich darauf verweist, dass auch im Aktienrecht eine außerordentliche Kündigung des Rechtsverhältnisses zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aktionär nicht vorgesehen sei, ist darauf hinzuweisen, dass sich die unbefristete Bindung des Aktionärs durch die Börsengängigkeit dieses Kapitalmarktstitels rechtfertigen lässt, die es dem Anleger erlaubt, das investierte Kapital - wenn auch mit einem gewissen Kursrisiko - durch Verkauf des Wertpapiers zu liquidieren (vgl Braumann, Gewinnscheine und Anlegerschutz, ÖBA 1984, 397 f [402]). Zutreffend hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass, wie im Folgenden noch näher darzustellen sein wird, auch unter diesem Aspekt die im vorliegenden Fall doch sehr eingeschränkte Weitergabemöglichkeit der Genussscheine einen völligen Ausschluss oder eine zumindest sehr weitgehende Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechtes im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB jedenfalls nicht zu rechtfertigen vermag.

Die Berufung der Beklagten erweist sich daher als nicht berechtigt.

2. Zur Revision des Klägers (zu dem bis 31. 12. 2025 befristeten Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes):

Während der oben dargelegte Rechtssatz, dass jedes Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund jederzeit auflösbar ist, in Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt ist, bereitet die Beurteilung der Frage, ob die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung eines Genussrechtsverhältnisses - außerhalb bestimmter Schranken - unverzichtbar ist, größere Schwierigkeiten. Auszugehen ist wohl zunächst ganz allgemein davon, dass selbst eine extrem lange oder sogar „immerwährende“ vertragliche Bindung mangels eines entgegenstehenden generellen Verbotes wegen des Grundsatzes der Vertragstreue und wegen der Möglichkeit schutzwürdiger Aufrechterhaltungsinteressen an sich weder unzulässig noch allgemein durch eine Höchstdauer beschränkt ist. Dies ist aber nur deshalb möglich, weil, wie bereits dargelegt, jedenfalls beschränkend der Rechtssatz eingreift, dass alle Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund ohne Rücksicht auf die vereinbarte Bindungsdauer lösbar sind. Über die Auflösbarkeit aus wichtigem Grund hinaus enthält das Gesetz eine Reihe von einzelnen Beschränkungen langfristiger Vertragswirkungen allein wegen des Zeitfaktors (vgl § 1158 Abs 3 ABGB; Art 7 Nr 14 EVHGB; § 15 KSchG ua). Sie unterscheiden sich nach Entstehungszeit, Gründen und Rechtsfolgen und lassen insgesamt kein geschlossenes System erkennen. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass beispielsweise eine besonders langdauernde Ausschließlichkeitsbindung wegen der damit verbundenen Ausschließung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit

jedenfalls eine zeitliche Obergrenze aufweisen muss (F. Bydlinski, Zulässigkeit und Schranken „ewiger“ und extrem langdauernder Vertragsbindung aaO 10 ff).

Einer der wesentlichsten Bereiche, in denen der Verbraucher eines wirksamen Schutzes bedarf, ist das zeitliche Ausmaß seiner allfälligen vertraglichen Bindung (JBI 2003, 936). Nach § 15 Abs 1 KSchG kann daher der Verbraucher Verträge, durch die sich der Unternehmer zur wiederholten Lieferung beweglicher körperlicher Sachen einschließlich Energie und der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichten und die für eine unbestimmte oder eine ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen worden sind, unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist zum Ablauf des ersten Jahres, nachher zum Ablauf jeweils eines halben Jahres kündigen. Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber den Verbraucher vor schwer auflösbaren, überlangen Vertragsbindungen schützen und räumt ihm eine gesetzliche Kündigungsmöglichkeit ein. Diese setzt allerdings das Vorliegen eines Vertrages über wiederkehrende Leistungen im Sinn des § 15 Abs 1 KSchG voraus. Neben § 15 KSchG bietet auch die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG für Dauerschuldverhältnisse und andere über längere Zeit laufende Verträge einen Orientierungsrahmen, der im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung auszufüllen ist. Danach sind für den Verbraucher insbesondere auch solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen der Verbraucher während einer unangemessen langen Frist an den Vertrag gebunden ist. So hat der Oberste Gerichtshof beispielsweise in der bereits erwähnten Entscheidung 1 Ob 176/98h (= SZ 71/141) ausgesprochen, dass auch die übermäßig lange Bindung an

eine Vereinsmitgliedschaft sittenwidrig sei und im Verhältnis zu Verbrauchern dem § 6 Abs 1 Z 1 KSchG widerspreche. Die anlässlich des Erwerbs eines Teilzeitnutzungsrechtes erlaubte Dauer der Vertragsbindung liege je nach den sonstigen Umständen des Einzelfalls bei zehn bis fünfzehn Jahren, sodass eine Bindungsfrist von 25 Jahren die zulässige Grenze deutlich überschreite. Weiters verwies der Oberste Gerichtshof darauf, dass das Teilzeitnutzungsverhältnis als Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund jederzeit aufgelöst werden könne. Sei das Teilzeitnutzungsrecht übertragbar, liege ein wichtiger Auflösungsgrund solange nicht vor, als dem Nutzungsberechtigten eine zumutbare Möglichkeit zur Verfügung stehe, das Teilzeitnutzungsrecht zu marktgerechten Bedingungen zu veräußern.

Im Hinblick auf die hier zu beurteilende Möglichkeit eines (befristeten) Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechtes bei Genussrechten ist davon auszugehen, dass eine unbefristete Bindung des Kapitals im Bereich des Gesellschaftsrechts nichts Ungewöhnliches ist. Weder bei der GmbH noch bei der AG hat der Gesellschafter einen Anspruch auf Rückzahlung des Kapitals, solange die Gesellschaft nicht aufgelöst wird; dem steht das ausdrückliche Verbot der Einlagenrückgewähr entgegen (§ 82 GmbHG, § 52 AktG), das in erster Linie dem Gläubigerschutz dient. Unkündbare Zurverfügungstellung von Kapital gibt es jedoch auch beim Fremdkapital, wie die „ewigen Renten“ (= Geldeinlagen bei Banken) zeigen, die es auch in Österreich gegeben hat. Dies lässt sich durch die Börsengängigkeit dieser Kapitalmarkttitel rechtfertigen, die es dem Anleger erlaubt, das investierte Kapital - wenn auch mit einem gewissen Kursrisiko - durch Verkauf des Wertpapiers zu liquidieren. Hingegen ist bei

Gesellschaftsformen, die eine Abtretung der Beteiligung an sich nicht kennen, der gänzliche Ausschluss der (ordentlichen) Kündigung unzulässig (Braumann, Gewinnscheine und Anlegerschutz ÖBA 2004, 402). In diesem Sinn hat auch der Oberste Gerichtshof in seiner bereits mehrfach zitierten Entscheidung 7 Ob 267/02v ausgesprochen, dass gegen den Ausschluss der (ordentlichen) Kündigung bei Gewinnscheinen (für einen Zeitraum von 27 ½ Jahren) aufgrund ihrer Börsengängigkeit im Grunde nichts einzuwenden sei. Ebenfalls in diesem Sinne sind die Ausführungen von Kalss, Anlegerinteressen aaO 455 ff zu verstehen. Danach stehen grundsätzlich zwei Techniken des Lösungsrechts (exits) zur Verfügung, nämlich die Kündigung des Vertragsverhältnisses und die Übertragung der Kapitalanlage an einen anderen Anleger. Die Einschränkung des Austrittsrechts aus der Kapitalgesellschaft liegt im Strukturelement des fixen Kapitals und im Prinzip der Kapitalerhaltung der Kapitalgesellschaft begründet. Das Gesellschaftskapital ist zugleich die den Gläubigern ausschließlich zur Verfügung stehende Haftungsmasse für Verbindlichkeiten. Um diesen Haftungsfonds nicht zu Lasten der Gläubiger auszuwehren, wird das Austrittsrecht in der Kapitalgesellschaft durch das Übertragungsrecht ersetzt. Die freie Übertragbarkeit der Aktien bildet daher das Korrelat des mangelnden jederzeitigen Austritts und der Kündigung gegen Barabfindung. Übt der Anleger das Lösungsrecht durch Übertragung aus, hängt dessen Realisierbarkeit vom Markt ab. Ein „liquider“ Markt ist dadurch gekennzeichnet, dass der Inhaber der Kapitalanlage jederzeit zu „angemessenen Bedingungen“ aussteigen kann. Liquidität ist ein wirtschaftlicher Faktor, der nicht unmittelbar angeordnet oder



geregelt werden kann, der aber zu einem wesentlichen Teil von rechtlichen Rahmenbedingungen mitbestimmt wird. Die rechtlichen Rahmenbedingungen, die die Marktstruktur prägen, zielen entweder auf die Gestaltung des Handelsgutes (Standardisierung), auf die Verhaltenspflichten der kapitalgebenden und kapitalnehmenden Teilnehmer (Anleger und Emittenten) oder auf die Voraussetzungen und Pflichten der begleitenden Dienstleistungen, die von der Zurverfügungstellung einer Markteinrichtung (Börse; geregelter Markt; alternative Handelssysteme) über die Informationserbringung und Vermittlung bis zur Beratung reichen. Da das Kündigungsrecht auch als Ausgleich der bei Publikumsverbänden wegen der Vielzahl der Anleger erschwerten Mitwirkung fungiert, erscheint ein vollkommener Ausschluss ebenso unzulässig wie eine zu weit gehende Erschwerung. Wegen des Kapitalabflusses und der Schwierigkeiten der Bewertung ist es aber zulässig, dass der Anleger seine Kündigung nicht mit sofortiger Wirkung, sondern nur unter Einhaltung von mehrwöchigen oder -monatigen Kündigungsfristen ausüben kann, wodurch ihm die mittelbare Reaktionsmöglichkeit auf marktliche Entwicklungen genommen wird, da er vielfach auch nicht das alternative Lösungsrecht der Übertragung in gleichwertiger Art und Weise in Anspruch nehmen kann.

Ein Ausschluss der Kündigung wird hingegen grundsätzlich nur dann zulässig sein, wenn die Übertragbarkeit ausreichend abgesichert ist und dem Anleger damit eine der Kündigung gleichwertige Beendigungsmöglichkeit geboten wird, was die Information der aktuellen und potenziellen Anleger durch den Emittenten ebenso verlangt wie die Schaffung von Voraussetzungen, die

die Marktfähigkeit der Anlagen fördern, wie deren Verbriefung und Börsenzugänglichkeit. Der Anleger kann nämlich bei der Übertragung das Lösungsrecht nur ausüben, wenn er einen Anleger findet, der bereit ist, die Kapitalanlage zu übernehmen. Gelingt ihm dies nicht, wirkt der Austausch der Lösungsrechte wie ein Kündigungsausschluss, der zu einer sittenwidrigen Knebelung des Anlegers führen kann. Den Anleger trifft der Such- und Abschlussaufwand. Das Kapital fließt ebenfalls zwischen den Anlegern und berührt den Emittenten nicht unmittelbar. Grundsätzlich hat daher der verkaufswillige Anleger auch über den Kaufgegenstand zu informieren und gemeinsam mit dem Erwerber den Tauschwert der Kapitalanlage zu ermitteln, wofür deren Bewertung erforderlich ist. Nur wenn diese drei Aspekte, nämlich die Übertragbarkeit (Auffinden eines Vertragspartners), die notwendige Information über das Handelsgut Kapitalanlage und eng damit zusammenhängend deren Bewertung sichergestellt sind, ist die Verdrängung der Kündbarkeit einer Kapitalanlage durch deren Übertragbarkeit zulässig, weil erst damit die Last des exits für den einzelnen Anleger bewältigbar wird (Kalss, Anlegerinteressen aaO 479 f).

Die unkündbare Zurverfügungstellung von Kapital ist daher rechtfertigbar, wenn die Übertragbarkeit über eine organisierte Markteinrichtung, das heißt insbesondere über die Börse möglich ist, selbst wenn dadurch wegen des mangelnden Umsatzes weder die rasche Veräußerbarkeit gewährleistet noch wegen des Kursrisikos die Sicherheit gegeben ist, dass der Anleger den tatsächlichen Wert seines eingesetzten Vermögens lukrieren kann. Die Börsennotierung liefert damit keine automatische

Berechtigung, sondern bildet nur ein starkes Indiz für die Zulässigkeit des Austausches der Lösungsrechte, was insbesondere für Genussrechte das maßgebliche Argument darstellt, deren Verbriefbarkeit und Börsenzugänglichkeit anerkannt sind. Regelmäßig geht mit der Börsennotierung nicht nur die Vereinfachung der Vertragspartnersuche, sondern auch die Bewertung der Kapitalanlage einher, die zusätzlich durch die Verarbeitung einer Vielzahl von Werturteilen abgesichert ist. In der Regel fehlt bei nichtbörsennotierenden Kapitalanlagen ein liquider Markt, das heißt die Veräußerbarkeit der Kapitalanlage ist erschwert und mit Kosten - für die Vertragspartnersuche und für die Ermittlung des Kaufpreises - verbunden. Selbst wenn grundsätzlich die Möglichkeit des Anlegers besteht, seinen Anteil an einen Dritten zu veräußern, ist er zumeist darauf angewiesen, dass der Emittent der Kapitalanlage bereit ist, die Kapitalanlage zu übernehmen oder zumindest eine „marktgleiche“ Vermittlung zu organisieren. In der Regel kommt ein Verkauf nur zufällig oder über Vermittlung des Initiators und wegen mangelnder Nachfrage meist zu einem für den Anleger im Vergleich zum Erwerb ungünstigen Preis zustande. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen kann daher auch bei Genussrechten das Kündigungsrecht ausgeschlossen werden, sofern dem Anleger die durch Verbrieftung und Börsennotierung herbeigeführte realistische Alternative der Übertragung geboten wird (Kalss, Anlegerinteressen aaO 481 ff).

Wie hoch die Anforderungen für die „Liquidität“ der Kapitalanlage als Alternative zum Lösungsrecht tatsächlich anzusetzen sind, zeigen auch die Bestimmungen über die Kapitalanteilscheine. § 5 InvFG (bzw § 6

ImmoInvFG) schafft ein Wertpapier eigener Art. Die durch die Wertpapierqualität des Kapitalanteils geförderte Übertragbarkeit und sichergestellte Börsenzugänglichkeit kann aber nicht als entscheidender Grund für die Verbriefung der Anteile angesehen werden, da in der Regel ein Handel unter Anlegern kaum stattfindet. Die „Liquidität“ wird vielmehr durch die jederzeitige gesetzliche Rücknahmeverpflichtung der Kapitalanlagegesellschaft gemäß § 10 Abs 2 InvFG (bzw § 11 Abs 1 ImmoInvFG) sichergestellt (vgl Kalss, Anlegerinteressen aaO 487). Danach ist einem Anteilinhaber auf dessen Verlangen gegen Rückgabe des Anteilscheines, der Erträgnisscheine und des Erneuerungsscheines sein Anteil aus dem Kapitalanlagefonds (Immobilienfonds) auszuzahlen. Die Auszahlung des Rückgabepreises kann vorübergehend unterbleiben und vom Verkauf von Vermögenswerten der Kapitalanlage (des Immobilienfonds) sowie vom Eingang des Verwertungserlöses abhängig gemacht werden, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, die dies unter Berücksichtigung berechtigter Interessen der Anteilinhaber erforderlich erscheinen lassen. Außergewöhnliche Umstände treten nach § 11 Abs 2 ImmoInvFG insbesondere dann ein, wenn die laufende Liquidität nicht dazu ausreicht, die zurückgegebenen Anteilscheine auszuzahlen. Reichen allerdings nach Ablauf einer in den Fondsbestimmungen festgelegten Frist, die ein Jahr nicht übersteigen darf, die Mittel nicht aus, so sind die Vermögenswerte des Immobilienfonds zu veräußern. Bis zur Veräußerung dieser Vermögenswerte zu angemessenen Bedingungen, längstens jedoch ein Jahr nach Vorlage des Anteilscheines zur Rücknahme, kann die Kapitalanlagegesellschaft für Immobilien die Rücknahme

verweigern. Die Jahresfrist kann durch die Fondsbestimmungen auf zwei Jahre verlängert werden.

Der Kläger macht nun in seiner Revision mit Recht geltend, dass die im Zeitpunkt des Erwerbes des Gewinnscheines von der Beklagten bestehende bloß faktische Möglichkeit, die Gewinnscheine im außerbörslichen Handel zu verkaufen, dem Anleger nicht die gleiche Sicherheit wie eine zu diesem Zeitpunkt bestehende Börsennotierung dafür bietet, dass er die Gewinnscheine später während der bis zu 35-jährigen Dauer des Kündigungsverzichtes bei Bedarf am Sekundärmarkt zu ihrem Kurswert veräußern und so aus der Veranlagung aussteigen kann. Es trifft zwar zu, dass eine im Zeitpunkt des Erwerbes eines Wertpapiers bestehende Börsennotierung noch keine verlässliche Sicherheit dafür bietet, dass das Wertpapier auch während der nachfolgenden Jahrzehnte immer an der Börse zu seinem dort bestehenden Kurswert verkauft werden kann. Es ist auch mit den Ausführungen des Berufungsgerichtes davon auszugehen, dass den veräußernden Anleger das Marktrisiko trifft und daher eine nachträgliche Verschlechterung der Veräußerungsmöglichkeit durch eine unvorhergesehene Veränderung der Marktlage nicht schadet. Es ist aber andererseits auch zu berücksichtigen, dass eine Börse bestimmte Dienstleistungen anbietet, von denen die Zurverfügungstellung eines Handelsforums (Handelsfunktion) und die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Preisbildung (Bewertungsfunktion) herausragen. Die Liquidität wird durch das Zusammenwirken der Emittenten und der von ihnen ausgegebenen Titel, der am Handel Beteiligten und schließlich vor allem der kauf- und verkaufswilligen Anleger bestimmt. Die Börsennotierung gibt dem Anleger

grundsätzlich die Möglichkeit, seine Kapitalanlage jederzeit zu objektiv festgestellten Konditionen zu veräußern, womit seine Stellung gestärkt und abgesichert wird (Kalss, Anlegerinteressen aaO 54). Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass bei einer Börsennotierung eines Wertpapiers - angesichts der Regelungen über das Mindestnominale und die Mindeststreuung der Papiere sowie marktorganisatorischer Regelungen - von einer realistischen Verkaufsmöglichkeit auszugehen ist, die sowohl die Vertragspartnersuche als auch die Bewertung des Wertpapiers leistet (vgl. Kalss in ihrer Entscheidungsentsprechung in ÖBA 2003, 696 f).

Demgegenüber bietet der außerbörsliche Handel dem Erwerber eines Wertpapiers keinen einer Übertragbarkeit des Wertpapiers über die Börse vergleichbaren Schutz und Marktzugang. Entgegen der Ansicht der Beklagten verschafft auch die bloße Tatsache, dass die Gewinnscheine als jederzeit übertragbare Inhaber-Wertpapiere ausgestaltet sind, für sich allein noch keine dem Zugang zu Börsen gleichwertige Form der Übertragungsmöglichkeit, weil dadurch naturgemäß noch kein Markt für Gewinnscheine geschaffen wird. So hat der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung SZ 71/141 ausgeführt, dass die (rein formelle) Übertragbarkeit eines Teilzeitnutzungsrechtes an Dritte noch kein ausreichendes Äquivalent für eine sehr lange Vertragsbindung ist, weil zu berücksichtigen ist, dass der Verbraucher gewöhnlich weder Vermarktungsstrategien kennt, sich solcher in der Regel nicht bedienen kann und auch über keine Vermarktungsorganisation verfügt, deren Hilfe erst eine rasche und verlustfreie Verwertung seines Vermögensrechtes nach typischen

Marktchancen möglich machen würde, während sein Vertragspartner über die entsprechenden Möglichkeiten verfügt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes kann daher auch eine im Zeitpunkt des Erwerbes der Gewinnscheine bestehende bloß außerbörsliche Verkaufsmöglichkeit im Sinne der oben dargelegten Ausführungen nicht als eine dem Zugang zu Börsen gleichwertige Markteinrichtung, die einen Ersatz für einen (weitgehenden) Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes des Anlegers bieten kann (vgl. 7 Ob 267/02v), angesehen werden. Es erübrigt sich daher ein Eingehen auf die die weitere Ansicht des Berufungsgerichtes, es habe jedenfalls, solange Gewinne erwirtschaftet worden seien, auch eine faktische Veräußerungsmöglichkeit an Dritte zu einem bestimmten Kurswert bestanden, und die diese Ansicht betreffenden Ausführungen in den Rechtsmittelschriften. Damit die Beklagte die Kündigung vollständig durch die Übertragung ersetzen könnte, müsste sie daher die Übertragung durch eine Börsennotierung oder jedenfalls durch eine dem Börsenzugang gleichwertige Markteinrichtung sicherstellen, da der einzelne Anleger nur auf diese Weise eine ausreichende Gewähr dafür hat, das investierte Kapital bei Bedarf durch Verkauf des Wertpapiers zu einem Kurswert zu liquidieren, der auf einem organisatorischen Regelungen unterworfenen Markt gebildet wurde. Nach der unverändert geltenden Bestimmung des § 11 der Gewinnscheinbedingungen der Beklagten war und ist die Gesellschaft auch berechtigt, die Zulassung der Gewinnscheine zur Notierung und zum Börsenhandel im In- und Ausland zu beantragen. Die Beklagte hätte daher bei Ausgabe der Gewinnscheine eine entsprechende

Börsennotierung vorsehen können. Selbst eine gegenteilige Beschlussfassung der Gewinnscheininhaber würde an diesem Recht der Gesellschaft bzw - im Hinblick auf den von ihr gewünschten weitgehenden Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes - an dieser Verpflichtung der Gesellschaft nichts ändern.

Zutreffend macht der Kläger weiters geltend, dass auch durch die in § 9 Z 2 der Fondsbedingungen enthaltene Rücknahmemöglichkeit keine ausreichende „Exit-Möglichkeit“ für die Anleger geschaffen wird. Denn selbst wenn nach den geänderten Bedingungen unter Beachtung der vorhandenen Liquidität und unter Wahrung der Interessen der verbleibenden Gewinnscheininhaber nunmehr eine grundsätzliche Verpflichtung der Beklagten zum Rückkauf von Gewinnscheinen besteht, ist der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrates weiterhin berechtigt, die Rücknahme aus kaufmännischen Überlegungen auszusetzen oder zu verweigern. Eine dem Rückgaberecht nach § 10 Abs 2 InvFG bzw § 11 Abs 2 ImmoInvFG vergleichbare Rückgabemöglichkeit von Gewinnscheinen ist daher in den Fondsbedingungen der Beklagten weiterhin nicht enthalten.

Das Berufungsgericht hat an sich zutreffend darauf hingewiesen, dass bei Investition in Immobilien beträchtliches Kapital über einen langen Zeitraum gebunden ist und häufig Fremdmittel verwendet werden. Der Initiator und Investor eines solchen Unternehmens nimmt daher gewöhnlich ein hohes wirtschaftliches Risiko in Kauf. Dies erfordert grundsätzlich längere Bindungsfristen, um die Investitionsentscheidungen kalkulierbar zu machen. Diese Erwägungen hat der Oberste Gerichtshof in seiner bereits mehrfach erwähnten und ebenfalls eine Investition in eine



Immobilie (Teilzeitnutzungsverhältnis) betreffende Entscheidung SZ 71/141 ausdrücklich berücksichtigt und ist dennoch zu dem Ergebnis gelangt, dass in Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien die anlässlich des Erwerbs eines Teilzeitnutzungsrechtes erlaubte Dauer der Verbraucherbindung - je nach den sonstigen Einzelheiten des konkreten Vertrags - im Bereich von 10 bis 15 Jahren liege, eine Bindungsfrist von 25 Jahren die zulässige Grenze aber erheblich überschreite. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang auch auf eine Entscheidung des BGH hingewiesen, der keine Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Befristung von aktienähnlichen und in dieser Zeit unkündbaren Genussrechten auf 20 Jahre hatte (BGHZ 119/32, 305). Weiters sind bei der Angemessenheitskontrolle der Dauer der Verbraucherbindung im vorliegenden Fall auch die bereits zitierten Bestimmungen der §§ 10 InvFG und 11 ImmoInvFG zu berücksichtigen. Insbesondere letztere Bestimmung räumt dem Anleger im Unterschied zu den bisher auf dem Markt befindlichen Immobilienveranlagungsmodellen, bei denen eine Rückzahlung der gezeichneten Anleihen erst nach einer vertraglich vereinbarten (langen) Laufzeit bzw nur unter ganz besonderen Bedingungen möglich war, das bereits oben näher beschriebene Rückgaberecht ein. Diese Bestimmung zeigt daher, dass die Natur einer Immobilienfondsveranlagung keinesfalls zwingend eine jahrzehntelange unauflösliche vertragliche Bindung des Anlegers voraussetzt. Wie der Kläger zutreffend geltend macht, wird nämlich bei Immobilienfonds das Geld der Anleger regelmäßig keineswegs vollständig in Immobilien veranlagt. Vielmehr wird ein wesentlicher Teil des Fondsvermögens in kurzfristig

liquidierbare Vermögenswerte veranlagt und es hat sich auch die Beklagte in § 3 Z 2 der Gewinnscheinbedingungen das Recht einräumen lassen, bis zu 25 % (und vorübergehend sogar mehr) des Fondsvermögens in Bankguthaben und Wertpapieren zu veranlagern. Auch wenn die Beklagte in ihrer Revisionsbeantwortung mit Recht auf gewisse Unterschiede in der Bewertung von Genussscheinen und Teilzeitnutzungsverhältnissen bzw Immobilienfondsveranlagungen im Sinne des ImmoInvFG verweist, können doch die dargelegten Grundsätze auch für die Beurteilung der Angemessenheit der hier strittigen Vertragsklausel Berücksichtigung finden.

Soweit die Beklagte in ihrer Revisionsbeantwortung noch geltend macht, die gegenständlichen Genussrechtsverhältnisse seien insbesondere auch aufgrund der in der Gewinnschein-Inhaber-Versammlung vom 11. 3. 2004 teilweise abgeänderten Fondsbedingungen aktienähnlich ausgestaltet, weshalb sie auch einer an aktienrechtlichen Normen und Grundsätzen ausgerichteten Kontrolle unterlägen, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass aufgrund eines Genussrechtes keine mitgliedschaftlichen Rechte (kein Teilnahmerecht an der Hauptversammlung, kein Stimmrecht, keine Anfechtungsbefugnis) bestehen und solche auch durch Vertrag nicht eingeräumt werden können, wohl aber gewisse Informationsrechte, etwa in Form eines Teilnahmerechtes an der Hauptversammlung (ohne Rede- und Antragsrecht). Wesentlich erscheint aber im Sinne der zutreffenden Revisionsausführungen des Klägers auch der Umstand, dass den Gewinnscheininhabern der Beklagten in den Gewinnscheinbedingungen (§ 2 Z 4) unstrittig kein Recht auf

Ausschüttung einer jährlichen Dividende eingeräumt wird. Obwohl ein Kündigungsverzicht für die Dauer von bis zu 35 Jahren vereinbart wird, können daher die Gewinnscheininhaber während dieses sehr langen Zeitraumes - anders als bei einer Aktie - keinerlei Ertrag aus ihrer Veranlagung erzielen. Im Hinblick auf eine faire Verteilung der wechselseitigen Rechte, Pflichten und Risiken ist bei einer gegenseitigen Interessenabwägung auch von Bedeutung, dass der Gewinnscheininhaber im Sinne der von der Beklagten selbst vorgelegten Gewinnscheinbedingungen anderer Anbieter als Ausgleich für den jahrzehntelangen Kündigungsverzicht während dieser Zeit zumindest die jährlichen Gewinne laufend ausgeschüttet erhält, damit sich sein veranlagtes Kapital bereits während der Dauer des Kündigungsverzichtes teilweise zu amortisieren beginnt, was auch sein mit dem Kündigungsverzicht verbundenes Risiko wesentlich vermindern würde.

Diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, dass insbesondere aufgrund der fehlenden Börsengängigkeit der Gewinnscheine und ihrer tatsächlich im Einvernehmen mit dem Vorstand und dem Aufsichtsrat der Beklagten bestehenden Rückgabemöglichkeit auch der in den Gewinnscheinbedingungen der Beklagten vorgesehene Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes bis zum 31. 12. 2025 zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Interessen der Anleger im Sinn der §§ 879 Abs 3 ABGB und 6 Abs 1 Z 1 KSchG führt, weshalb in Stattgebung der Revision des Klägers auch dem auf die Unterlassung der Verwendung dieser Vertragsklausel gerichteten Teil des Klagebegehrens stattzugeben war. Eine geltungserhaltende Reduktion einer

überlangen Vertragsbindung hat im Verbandsprozess zu unterbleiben (SZ 68/79 ua; RIS-Justiz RS0038205).

Zur Frage der Urteilsveröffentlichung enthält die Revision der Beklagten keine Ausführungen.

Es war daher in Stattgebung der Revision des Klägers spruchgemäß zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41 und 50 ZPO. Bei der Kostenbemessung für das Verfahren erster Instanz war ein Additionsfehler zu korrigieren. Im Übrigen konnten die Kosten in der jeweils verzeichneten Höhe zugesprochen werden.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 24. Jänner 2006.

Dr. S c h i n k o

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung:

*Neubauer*

