



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Graz

226g 203/08:
4 R 71/09g

EINGEGANGEN

21. Aug. 2009

Erl.....

/24

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Richterinnen Dr. Angerer (Vorsitz), Dr. Rastädter-Puschnig und Dr. Scherz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1061 Wien, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei **AvW Gruppe AG**, Hauptstraße 121, 9201 Krumpendorf, vertreten durch HAUSMANINGER KLETTER Rechtsanwälte - Gesellschaft MBH in Wien, wegen Unterlassung gemäß § 28 KSchG (Streitwert € 21.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert € 5.000,--) über die Berufungen der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 12. Februar 2009, 22 Cg 209/08i - 12, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht Folge** gegeben.

Der Berufung der klagenden Partei wird hingegen **Folge** gegeben.

Die angefochtene Entscheidung, die hinsichtlich der Verpflichtung der beklagten Partei zur Unterlassung der Verwendung der Klausel gemäß § 8 Abs 2 der Allge-

meinen Geschäftsbedingungen (Rückkaufsberechtigung der beklagten Partei) als unangefochten unberührt bleibt, wird im Umfang des (weiteren) klagestattgebenden Teiles laut Punkt II.1. des Urteiles (Ausschluss der außerordentlichen Kündigung) **bestätigt** und hinsichtlich der Abweisung des Begehrens auf Untersagung der Verwendung der Klausel laut Punkt II.3. des Urteiles (Ausschluss der ordentlichen Kündigung) dahin **abgeändert**, dass sie in vollständiger Neufassung wie folgt lautet:

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

Das Genussrechtskapital in der Höhe von insgesamt bis zu EUR 420.000,-- wird, soweit sich aus den folgenden Absätzen nichts anderes ergibt, der Gesellschaft auf die Dauer ihres Bestehens unter Verzicht auf die außerordentliche und ordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt. (§ 8 Abs 1)

Die Gesellschaft ist berechtigt, die Genussrechte unter Einhaltung einer sechsmonatigen Verständigungsfrist zum Ende eines jeden Wirtschaftsjahres der Gesellschaft, frühestens jedoch zum 31.12.2004, zurückzukaufen. (§ 8 Abs 2)

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

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagestattgebenden Urteilsspruch im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteiles einmal in einer Samstags-Ausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“ für das gesamte Bundesgebiet auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern **zu veröffentlichen**.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 4.312,90 (darin EUR 617,65 Umsatzsteuer und EUR 607,-- Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 3.282,81 (darin EUR 391,47 Umsatzsteuer und EUR 934,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt jeweils EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens **zulässig**, hinsichtlich des Begehrens auf Urteilsveröffentlichung ist die ordentliche Revision **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei emittierte einen Genussschein, welcher unter der International-Security-Identification-Nr. (ISIN) AT 0000703269 geführt wird. Den Genussscheinen liegen folgende Genussschein-Bedingungen zugrunde:

Genussschein-Bedingungen der AvW Gruppe AG, ISIN: AT 0000703269.

§ 1 Gesamtbetrag, Stückelung

1.) In der Hauptversammlung vom 27.6.2001 wurde der Vorstand ermächtigt, in bis zu 420.000 nennbetragslosen Genussscheinen verbriefte Genussrechte mit einem rechnerischen Wert von jeweils € 1,- auszugeben. Aufgrund dieser Ermächtigung werden die Bedingungen der auf Inhaber lautenden Genussscheine (in der Folge auch kurz „AvW-Genussscheine“) festgelegt.

2.) Die Genussrechte lauten auf Inhaber und sind in bis zu 420.000 nennwertlose Genussscheine eingeteilt. Der Gesamtbetrag der AvW-Genussscheine beträgt bis zu € 420.000,-.

3.) Der Ausgabebetrag der AvW-Genussscheine ist aufzubringen durch die Einlieferung von je einem Genussschein der AvW Invest AG mit Sitz in Krumpendorf und der Geschäftsanschrift 9201 Krumpendorf, Hauptstraße 118, eingetragen im Firmenbuch des Landesgerichtes Klagenfurt unter FN109272 w, auf ein von der AvW Gruppe AG eröffnetes Wertpapierdepot.

4.) Die Genussscheine werden gemäß § 24 Depotgesetz, BGBl. Nr.

424/1969 in der jeweils gültigen Fassung, durch Sammelurkunden verbrieft.

§ 2 Rechtsnatur der AvW-Genussscheine

1.) Die AvW-Genussscheine sind Genussrechte gemäß § 174 Abs 3 AktG in Form von Inhaberpapieren.

2.) Das Genussrechtskapital ist das durch Einlieferung der Genussscheine der AvW Invest Aktiengesellschaft aufgebrauchte Vermögen, das der Gesellschaft seitens der Genussscheininhaber zur Verfügung gestellt wird.

3.) Die Genussscheine verbriefen eine Beteiligung am Gewinn (§ 3), am Vermögen (§ 4) und am Liquidationsgewinn (§ 7) der Gesellschaft.

4.) Die Inhaber der Genussscheine haben das Recht, an Hauptversammlungen teilzunehmen und gemäß § 112 AktG Auskünfte über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen. Das Teilnahmerecht in der Hauptversammlung besteht nur dann, wenn die Genussscheine spätestens bis zum Ablauf jenes Tages, welcher von der Gesellschaft als letzter Tag für die Hinterlegung der Aktien verlautbart wurde, bei einer in der Einberufung der Hauptversammlung bezeichneten Hinterlegungsstelle hinterlegt werden und bis zur Beendigung der Hauptversammlung gesperrt bleiben. Die AvW-Genussscheine gewähren keine darüber hinausgehenden Mitgliedschaftsrechte, insbesondere kein Stimmrecht in der Hauptversammlung.

§ 3 Gewinnbeteiligung

1.) Die Genussrechtsinhaber erhalten vom Bilanzgewinn der Gesellschaft für jedes Geschäftsjahr einen vorzugsweisen Gewinnanteil von € 0,08 pro Genussschein.

2.) 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.) Die Gewinnberechtigung der AvW-Genussscheine besteht erstmals für das Geschäftsjahr 2001.

4.) Sollte der Bilanzgewinn der Gesellschaft nicht ausreichen, um den vorzugsweisen Gewinnanteil von € 0,08 pro Genussschein auszuschütten, so erhalten die Genussrechtsinhaber jenen Betrag als vorzugsweisen Gewinnanteil, der noch im Bilanzgewinn Deckung findet.

5.) Sollten für ein Geschäftsjahr Gewinnanteile nicht oder nicht zur Gänze an die Genussscheininhaber ausgeschüttet werden, so besteht kein Anspruch auf Nachholung aus den ausschüttungsfähigen Gewinnen der folgenden Geschäftsjahre.

6.) Die Gewinnanteile aus den Genussscheinen sind 10 Tage nach dem Tag der Hauptversammlung, in welcher der Jahresabschluss des betreffenden Geschäftsjahres festgestellt wurde, fällig. Die Auszahlung des Gewinnanteils erfolgt bei einer Zahlstelle abzüglich allfällig einzubehaltender Steuern gegen Vermerk auf dem Genussschein oder im Fall ausgegebener Coupons gegen Einreichung des entsprechenden Coupons.

§ 4 Vermögensbeteiligung

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.

§ 5 Zahlstelle

1.) Zahl-, Einrichtungs- und Hinterlegungsstelle (in der Folge kurz „Zahlstelle“) ist die Österreichische Kontrollbank AG mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift A-1010 Wien, Am Hof 4.

2.) Die Zahlstelle handelt ausschließlich als Beauftragte der Gesellschaft und steht in keinem Auftrags- oder Treuhandverhältnis zu den Genussschein-Inhabern.

3.) Die Gesellschaft kann zusätzliche Zahlstellen benennen oder die Benennung von Zahlstellen widerrufen.

§ 6 Ausgabe neuer Schuldverschreibungen und Genussrechte

Die Gesellschaft behält sich das Recht vor, Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechte, jeweils gemäß § 174 AktG, zu begeben, die hinsichtlich der Gewinn-, Vermögensbeteiligung und Beteiligung am Liquidationsgewinn den gleichen Rang wie die AvW-Genussscheine genießen.

§ 7 Anteil am Liquidationsgewinn

1.) Die Genussscheininhaber sind am Liquidationsgewinn in dem in § 3 Abs 2 genannten Verhältnis beteiligt.

2.) Die Genussscheininhaber sind gemäß § 9 dieser Bedingungen über

die Höhe und Fälligkeit ihres Anspruches am Liquidationsgewinn zu informieren.

3.) Der Anteil am Liquidationsgewinn wird bei einer Zahlstelle gegen Einreichung des Genussscheines samt allfälliger Nebenpapiere abzüglich allenfalls einzubehaltender Steuern ausgezahlt.

§ 8 Dauer der Genussrechte; Ansprüche bei Rückkauf

1.) Das Genussrechtskapital in der Höhe von insgesamt bis zu € 420.000,-- wird, soweit sich aus den folgenden Absätzen nichts anderes ergibt, der Gesellschaft auf die Dauer ihres Bestehens unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt.

2.) Die Gesellschaft ist berechtigt, die Genussrechte unter Einhaltung einer sechsmonatigen Verständigungsfrist zum Ende eines jeden Wirtschaftsjahres der Gesellschaft, frühestens jedoch zum 31.12.2004, zurückzukaufen. Der Kaufpreis für die Genussscheine entspricht dem zum Verkaufstichtag geltenden Kurswert der Genussscheine. Der Kaufpreis ist binnen 10 Bankwerktagen nach dem Verkaufstichtag gegen Einreichung der Genussscheine samt allfälliger Nebenpapiere und abzüglich allenfalls einzubehaltender Steuern fällig.

3.) Die Gesellschaft ist berechtigt, im Falle eines Rückkaufes gemäß Absatz 2 Genussscheine, die nicht innerhalb von drei Jahren ab Fälligkeit der Zahlung eingereicht werden, für eingezogen zu erklären. Voraussetzung dafür ist, dass die Gesellschaft dies mindestens drei Mal in Abständen von mindestens einem Monat angekündigt und nach Maßgabe des § 9 bekannt gemacht hat. Der Gegenwert der für eingezogen erklärten Genussscheine kann auf Gefahr und Kosten der Genussscheininhaber mit schuldbefreiender Wirkung bei dem für die Gesellschaft zuständigen Gericht hinterlegt werden, auch wenn sich die Genussscheininhaber nicht in Annahmeverzug befinden. Mit der Hinterlegung verlieren die Berechtigten ihre Ansprüche aus den Genussscheinen gegen die Gesellschaft.

§ 9 Bekanntmachungen

Alle Bekanntmachungen, welche die AvW-Genussscheine betreffen, erfolgen mit verbindlicher Wirkung für und gegen die Genussscheininhaber im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ bzw. in dem an seine Stelle für amtliche Kundmachungen tretenden Medium. Einer gesonderten Benachrichtigung der einzelnen Genussscheininhaber bedarf es nicht.

§ 10 Sonstiges

1.) Die AvW-Genussscheine unterliegen österreichischem Recht. Erfüllungsort sowie ausschließlicher Gerichtsstand für alle Streitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit diesen Genussscheinen ergeben, ist das sachlich zuständige Gericht in Klagenfurt.

2.) Alle Ansprüche im Zusammenhang mit den AvW-Genussscheinen verjähren binnen drei Jahren ab Kenntnis des anspruchsbegründenden Sachverhaltes. Bei Bekanntmachungen gemäß § 9 dieser Bedingungen wird die Kenntnis durch den Genussscheininhaber unwiderlegbar vermutet. Ansprüche auf Gewinnanteile verjähren binnen drei Jahren ab Fälligkeit. Der Verfall tritt zu Gunsten der Rücklagen der Gesellschaft ein.

3.) Die Gesellschaft ist berechtigt, die Zulassung der AvW-Genussscheine zur Notierung und zum Börsenhandel im In- und Ausland zu beantragen.

4.) Die Gesellschaft ist berechtigt, AvW-Genussscheine zu erwerben.

5.) Sämtliche mit der Ausgabe der AvW-Genussscheine verbundenen Kosten, Rechtsverkehrssteuern und Gebühren trägt die Gesellschaft.

6.) Sollte eine Bestimmung dieser Bedingungen, aus welchem Grund immer, unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, so wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen dieser Bedingungen nicht berührt. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung ist durch eine ihrem wirtschaftlichen Zweck möglichst nahekommende zulässige Bestimmung zu ersetzen. Dasselbe gilt bei allfälligen Lücken dieser Genussrechtsbedingungen.

Der von der beklagten Partei verwendete Kaufauftrag für den Kauf von AvW-Genussscheinen enthält die Bedingung:

„Der Kunde erklärt sein Einverständnis, dass alle erforderlichen Schritte bei der RBB Klagenfurt im Zusammenhang mit der Eröffnung/Auflösung seines Kontos/Wertpapierdepots, dem Kauf/Verkauf von Wertpapieren von der AvW Invest AG durchgeführt und abgewickelt werden. Bankübliche Spesen und Depotgebühren übernimmt zur Gänze die AvW Invest AG, wenn Konto und Depot bei der RBB Klagenfurt eröffnet werden. Der Kauf der AvW-Genussscheine, vermittelt durch die AvW Invest AG, erfolgt mit einem Agio. Der Verkauf von AvW-Genuss-

scheinen ist spesenfrei. Ab einer durchschnittlichen Performance von 12 % p.a. wird eine Gewinnbeteiligung von 10 % plus Mehrwertsteuer vom Gesamtkursgewinn einbehalten. Das Anlegerprofil für den Kunden wurde erstellt und die Risikohinweise wurden dem Kunden übergeben. Die Genussscheinbedingungen wurden übergeben und dem Kunden erklärt.“

Am 14.9.2001 veröffentlichte die beklagte Partei folgende Bekanntmachung:

„Bereithaltung des Verkaufsprospektes vom August 2001 - € 420.000,-- Genussscheine der AvW Management-Beteiligungs AG – Der Verkaufsprospekt vom August 2001 wird bei der Lombardkasse AG, Gröneburgweg 102, 60322 Frankfurt am Main zur kostenlosen Ausgabe bereit gehalten. Der Verkaufsprospekt enthält zugleich das an die Inhaber der AvW-Genussscheine Serie 1999 in Deutschland gerichtete öffentliche Umtauschangebot, das vom 17. September 2001 bis 31. Dezember 2001 angenommen werden kann.“

Die Genussscheine sind seit 17.9.2001 - an diesem Tag erfolgte die erste Notiz der AvW-Genussscheine im Freiverkehr an der Frankfurter Börse - durchgehend an der Frankfurter Börse notiert.

Mit Schreiben vom 7.11.2008 beanstandete die klagende Partei, dass die klagsgegenständlichen Klauseln gegen §§ 879 Abs 3 ABGB und 6 Abs 1 Z 1 KSchG verstoßen würden. Sie mahnte die beklagte Partei wegen der Verwendung der Klauseln ab und setzte ihr zur Abgabe der diesem Schreiben beigefügten Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafevereinbarung eine Frist bis zum 28.11.2008, widrigenfalls sie ohne jede weitere Aufforderung die Verfahrensklage einbringen werde. Die beklagte Partei gab die verlangte Unterlassungserklärung

nicht ab.

Die **klagende Partei** stützt ihr im Urteilsspruch wiedergegebenes Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren im Wesentlichen darauf, dass die beanstandete Klausel nach den §§ 879 Abs 3 ABGB und 6 Abs 1 Z 1 KSchG unzulässig sei. Durch die Begebung der Genussrechte werde ein Dauerschuldverhältnis begründet, bei welchem nach dem allgemeinen Zivilrecht beide Vertragsparteien das Recht hätten, den Vertrag bei Vorliegen eines wichtigen Grundes außerordentlich mit sofortiger Wirkung und ansonsten unter Einhaltung einer angemessenen Frist ordentlich zu kündigen. Der einseitige Ausschluss des außerordentlichen und ordentlichen Kündigungsrechtes nur zu Lasten des Anlegers entbehre jeder sachlichen Rechtfertigung und sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Da die beklagte Partei selbst nicht auf ihr Kündigungsrecht verzichte, sondern sich in § 8 Abs 2 der Genussscheinbedingungen ausdrücklich ein jährlich ausübbares ordentliches Kündigungsrecht einräume, liege eine Ungleichbehandlung vor. Durch diese Regelung werde der Gesellschaft die Möglichkeit eingeräumt, das Rechtsverhältnis zu einem ihr geschäftlich günstig erscheinenden Zeitpunkt zu lösen und das Genussscheinkapital abzuschichten, dem Genussscheininhaber hingegen stehe eine derartige Mög-

lichkeit nicht zu. Die Genussscheine seien schon wegen des der beklagten Partei zustehenden jährlichen Kündigungsrechtes nicht aktienähnlich. Eine Analogie zu den Bestimmungen des Aktiengesetzes komme nicht in Betracht, weil die Genussscheine keine mitgliedschaftlichen Rechte einräumen würden. Die Qualifikation des Genussscheinkapitals als Eigenkapital spiele für die Frage der Zulässigkeit des vertraglichen Kündigungsausschlusses keine Rolle. Der Oberste Gerichtshof habe sich ausdrücklich gegen die analoge Anwendung der Bestimmungen der §§ 23 Abs 4 BWG und 73 c Abs 1 Z 1 VAG über das Partizipationskapital für Genussrechtsverhältnisse ausgesprochen, da der Gesetzgeber die Ausgabe von Wertpapieren, die als Partizipationskapital ausgestaltet sind, bewusst auf Unternehmen beschränkt habe, die einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen. Die Genussscheinbedingungen enthielten keine Verpflichtung der Gesellschaft, für eine Börsennotierung zu sorgen, sondern lediglich eine diesbezügliche „Kann-Bestimmung“, sodass der Anleger keinen vertraglichen Anspruch gegenüber der Gesellschaft auf Aufrechterhaltung der Börsennotierung für die gesamte (unbefristete) Dauer des Kündigungsausschlusses habe. Eine Substituierung des ordentlichen Kündigungsrechtes durch die jederzeitige Übertragbarkeit über die Börse setze weiters

voraus, dass auch eine entsprechende vertragliche Regelung bestehe, die diese alternative Lösungsmöglichkeit des Genussscheininhabers gewährleiste. Eine Börsennotierung könnte nur den Ausschluss des Rechtes zur ordentlichen Kündigung rechtfertigen, nicht jedoch den Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes. Das außerordentliche Kündigungsrecht sei für die Genussrechtsverhältnisse zwingend und könne nicht abbedungen werden. Die Frage, ob eine Bestimmung rechtsunwirksam sei, sei bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. im Fall der Verbandsklage nach § 28 KSchG bezogen auf den Zeitpunkt der Verwendung der Klausel zu prüfen. Die Nichtigkeit könne nicht nachträglich nach bereits erfolgter Abmahnung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG durch die von der beklagten Partei abgegebene Anerkenntniserklärung saniert werden. Bei der Prüfung der Zulässigkeit des § 8 Abs 1 der Genussscheinbedingungen sei jedenfalls auch der Inhalt der Bedingung des § 8 Abs 2 der Genussscheinbedingungen miteinzubeziehen. Die in der Klagebeantwortung von der beklagten Partei abgegebene Erklärung, wonach sie sich verpflichte, alles daran zu setzen, um die Börsennotierung aufrecht zu erhalten, sei für die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung in § 8 Abs 1 der Genussscheinbedingungen bedeutungslos. Im

Verbandsprozess sei eine geltungserhaltende Reduktion einer Klausel auf einen allenfalls gesetzmäßigen Kern nicht vorzunehmen, sondern der Entscheidung die kundenfeindlichste objektive Auslegung der strittigen Klauseln zugrunde zu legen. Die Risikohinweise seien nicht Teil der abgemahnten Genussscheinbedingungen, für die Klauselprüfung sei nur der objektive Wortlaut der inkriminierten Klauseln sowie der Wortlaut der sonstigen in den Bedingungen selbst enthaltenen Regelungen maßgeblich. Auf zusätzliche Darlegungen und Aufklärungen außerhalb der Bedingungen sei keine Rücksicht zu nehmen. Wenn überhaupt, lasse sich die inkriminierte Klausel in zwei selbstständige Klauseln trennen, nämlich die Regelung im Zusammenhang mit der ordentlichen Kündigung und die Regelung im Zusammenhang mit der außerordentlichen Kündigung. § 8 Abs 2 der Genussscheinbedingungen, welche der beklagten Partei das Recht zur ordentlichen Kündigung einräume, stelle keine selbstständige Klausel dar, eine isolierte Betrachtungsweise sei nicht zulässig. Da die beklagte Partei zu der verfahrensgegenständlichen Klausel eine mit einer angemessenen Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG nicht fristgerecht abgegeben habe, bestehe Wiederholungsgefahr. Die betroffenen Verbraucherkreise hätten ein berechtigtes In-

teresse an einer Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei durch bundesweite Urteilsveröffentlichung.

Die **beklagte Partei** erklärte mit der Klagebeantwortung gegenüber der klagenden Partei rechtsverbindlich, sich zu verpflichten, die hinsichtlich der zu ISIN AT0000703269 emittierten Genussscheine bei der Frankfurter Börse bestehende Börsennotierung nicht aktiv zu beenden, insbesondere nicht aktiv ein Delisting durchzuführen und sämtliche zumutbaren Maßnahmen zu setzen, um diese Börsennotiz aufrecht zu erhalten. Sie anerkannte das Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Regelung betreffend das einseitige Kündigungsrecht der Gesellschaft in § 8 Abs 2 der Genussscheinbedingungen, wonach die Gesellschaft berechtigt ist, die Genussrechte unter Einhaltung einer sechsmonatigen Verständigungsfrist zum Ende eines jeden Wirtschaftsjahres der Gesellschaft, frühestens jedoch zum 31.12.2004 zurückzukaufen, nicht jedoch das bezughabende Veröffentlichungsbegehren. Darüberhinaus bot die beklagte Partei der klagenden Partei diesbezüglich einen Unterlassungsvergleich an. Im Übrigen wandte sie zusammengefasst ein, bei den Genussscheinen handle es sich um solche mit einer aktienähnlichen Ausgestaltung mit Eigenkapitalcharakter. Der Bestandsschutz der Gesellschaft wie

auch der Gläubigerschutz erfordere die Rechtswirksamkeit des Ausschlusses der vorzeitigen Kündigung. Da die Genussrechtsinhaber vermögensrechtlich Aktionären völlig gleichgestellt seien und die gleichen Rechte wie stimmrechtslose Vorzugsaktionäre hätten, seien auf die Genussrechte die für stimmrechtslose Vorzugsaktien geltenden Vorschriften analog anzuwenden. Da das Gesetz bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien weder ein ordentliches noch ein außerordentliches Kündigungsrecht gewähre, könne der vertragliche Ausschluss der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung bei inhaltlich solchen Aktien nachgebildeten Genussscheinen nicht unzulässig sein. Der Gesetzgeber sehe nicht nur für Aktien, sondern auch für Genussrechte den Ausschluss jedweden Kündigungsrechtes vor. In § 23 Abs 4 Z 1 BWG und § 73 c Abs 1 Z 1 VAG fänden sich gesetzlich vorgegebene Genussscheinbedingungen, in welchen der Gesetzgeber selbst jede Kündigung ausgeschlossen habe. Abgesehen davon bestehe die jederzeit ausübbarbare Möglichkeit des Ausstiegs aus dem gegenständlichen Investment durch Veräußerung über die Börse. Aufgrund der bestehenden Börsennotiz bedürfe es unabhängig von der Analogie zur stimmrechtslosen Vorzugsaktie selbst für den Fall der Unzumutbarkeit der Fortsetzung keines außerordentlichen Kündigungsrechtes. Dieses sei bei Dauerschuldverhält-

nissen nur die ultima ratio, wenn es keine andere Lösungsmöglichkeit gäbe. Die Festlegung einer Rechtspflicht zur Börsennotierung in den Genussscheinbedingungen wäre ein rechtlich unmögliches Versprechen, weil keine Börse verpflichtet sei, ein Wertpapier zum Handel zuzulassen. Die Börsennotierung könne nicht durch eine von Tag zu Tag zu treffende Entscheidung umgekehrt werden, deren Aufhebung bedürfe des relativ komplexen Vorganges des Delisting. Es liege ein faktischer Zustand - die tatsächliche, langfristig gegebene Börsennotiz - vor, auf den sich die Genussscheininhaber durchaus verlassen könnten. Das Nichtbestehen einer diesbezüglichen in den Genussscheinbedingungen festgelegten Rechtspflicht schade daher nicht. Der Oberste Gerichtshof verlange in seiner Entscheidung 10 Ob 34/05 f für die Zulässigkeit des Ausschlusses des außerordentlichen Kündigungsrechtes auch keine konkrete Börsennotiz, sondern bloß die prinzipielle Börsengängigkeit. Beim Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes und jenem des außerordentlichen Kündigungsrechtes handle es sich jeweils um selbstständige Regelungen, welche isoliert zu betrachten seien, mögen diese auch sprachlich in einem Satz zusammengefasst sein. Aufgrund des Anerkenntnisses und des angebotenen Unterlassungsvergleiches hinsichtlich der das Kündigungsrecht der Gesellschaft

betreffenden Genussscheinbedingung bestehe diese Klausel nicht mehr und liege keine Wiederholungsgefahr vor. Da ein einseitiges Kündigungsrecht der Gesellschaft nicht mehr existiere, dürfe dieses bei der Prüfung der Klausel des § 8 Abs 1 der Genussscheinbedingungen nicht zur Beurteilung herangezogen werden. Es bedürfe nicht der Urteilsveröffentlichung zur separaten Information der Öffentlichkeit, da die klagende Partei über eine eigene Internethomepage verfüge, auf welcher sie auch über das gegenständliche Verfahren berichte und darüber hinaus Presseaussendungen der klagenden Partei aufgrund des öffentlichen Interesses am gegenständlichen Fall automatisch ohne Schaltung eines Inserates zu entsprechenden Veröffentlichungen in Tageszeitungen führten.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das **Erstgericht** die Einrede der Unzulässigkeit der (Verbands-)Klage ab. In der Hauptsache gab es dem Begehren auf Unterlassung der Verwendung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche den Verzicht der Anleger (Verbraucher) auf die außerordentliche Kündigung und die Berechtigung der beklagten Partei, die Genussrechte zum Ende eines jeden Geschäftsjahres der Gesellschaft, frühestens zum 31.12.2004, zurückzukaufen, beinhalten und auf Urteilsveröffentlichung statt. Das Mehrbegehren auf Unterlassung der Verwendung der Klauseln beinhaltend

den Verzicht der Anleger auf die ordentliche Kündigung wies es ab. Diesem Urteil liegt der eingangs der Berufungsentscheidung zusammengefasst wiedergegebene Sachverhalt zugrunde. Rechtlich geht das Erstgericht davon aus, die Einräumung von Genussrechten begründe ein Dauerschuldverhältnis. Diesem lägen regelmäßig formularmäßige Bedingungen zugrunde, welche den für Allgemeine Geschäftsbedingungen auch sonst geltenden Vorschriften, insbesondere der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB unterlägen. Bei der Angemessenheitskontrolle nach der zitierten Bestimmung sei objektiv auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen; für diesen Zeitpunkt sei eine umfassende, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Interessensprüfung vorzunehmen. Einer der wesentlichsten Bereiche, in denen der Verbraucher eines wirksamen Schutzes bedürfe, sei das zeitliche Ausmaß seiner allfälligen vertraglichen Bindung. Einen Orientierungsrahmen für Dauerschuldverhältnisse und andere über längere Zeit laufende Verträge biete die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, der im Einzelfall anhand einer Interessensabwägung auszufüllen sei. Danach seien für den Verbraucher insbesondere auch solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen er während einer unangemessen langen Frist an den Vertrag gebunden sei.

Im Bereich des Gesellschaftsrechtes sei eine unbefristete Bindung des Kapitals nichts Ungewöhnliches, weder bei der GmbH noch bei der AG habe der Gesellschafter einen Anspruch auf Rückzahlung des Kapitals, solange die Gesellschaft nicht aufgelöst werde. Ein Ausschluss der ordentlichen Kündigung sei nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes nur dann zulässig, wenn die Übertragbarkeit ausreichend abgesichert sei und dem Anleger damit eine der Kündigung gleichwertige Beendigungsmöglichkeit geboten werde. Die unkündbare Zurverfügungstellung von Kapital sei 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 sei, dass der Anleger den tatsächlichen Wert seines eingesetzten Vermögens lukrieren könne. Die Börsennotierung liefere damit zwar keine automatische Berechtigung, bilde aber ein starkes Indiz für die Zulässigkeit des Austausches der Lösungsrechte. Die Börsennotierung gebe dem Anleger grundsätzlich die Möglichkeit, seine Kapitalanlage jederzeit zu objektiv festgestellten Konditionen zu veräußern, womit seine Stellung gestärkt und abgesichert werde. Im Falle der Börsennotierung eines Wertpapiers

sei von einer realistischen Verkaufsmöglichkeit auszugehen, die sowohl die Vertragspartnersuche als auch die Bewertung des Wertpapiers leiste. Der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes der Genussscheininhaber stelle auch unter Berücksichtigung des ordentlichen Kündigungsrechtes der Gesellschaft gemäß § 8 Abs 2 der Genussscheinbedingungen der beklagten Partei keinen Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 879 Abs 3 ABGB und 6 Abs 1 Z 1 KSchG dar, weil den Genussscheininhabern durch die faktisch gegebene Börsennotierung ein zur Kündigung des Vertragsverhältnisses gleichwertiges alternatives Lösungsrecht, die Übertragung der Kapitalanlage an einen anderen Anleger, zur Verfügung stehe. Die Verpflichtung der beklagten Partei, für die Börsennotierung Sorge zu tragen, ergäbe sich aus dem Umstand, dass nur eine solche den Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes der Genussscheininhaber zu rechtfertigen vermöge. Wenn die beklagte Partei diesen Ausschluss in den Genussscheinbedingungen beibehalten wolle, müsse sie auch die Börsennotierung aufrecht erhalten. Darüber hinaus habe die beklagte Partei eine diesbezügliche Verpflichtungserklärung in diesem Verfahren abgegeben.

Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung, also einer Kündigung aus wichtigem Grund, sei allen

Dauerschuldverhältnissen immanent. Daran ändere auch die Veräußerbarkeit der verbrieften Genussscheine an der Börse nichts. Das Recht auf eine außerordentliche Kündigung sei auch für Genussrechtsverhältnisse im Kern zwingend und könne durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht abbedungen werden, wenn das weitere Festhalten am Vertrag für eine Partei unzumutbar sei. Für die Frage der Unwirksamkeit des Ausschlusses des Kündigungsrechtes durch die inkriminierte Vertragsklausel sei nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes auch die konkrete Ausgestaltung allfälliger Mitwirkungs-, Teilnahme- oder Informationsrechte der Genussscheininhaber, insbesondere die aktienähnliche Ausgestaltung der Genussscheine, nicht entscheidend. Auch die Bestimmungen der §§ 23 Abs 4 BWG und 73 c Abs 1 Z 1 VAG über Partizipationskapital vermögen keine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Die Ausgabe von Partizipationskapital sei ausschließlich Banken und Versicherungen vorbehalten. Der Gesetzgeber habe 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 73 c Abs 1 VAG

bezweckten nicht, das Recht der Dauerschuldverhältnisse für einen bestimmten Ausschnitt neu zu gestalten. Daraus könne daher 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. Da bei der Angemessenheitskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB objektiv auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen und für diesen Zeitpunkt eine umfassende, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Interessensprüfung vorzunehmen sei, müsse bei der Beurteilung der Zulässigkeit der gegenständlichen Vertragsklausel auch die Bestimmung des § 8 Abs 2 der Genussscheinbedingungen der beklagten Partei, welche die Einräumung eines ordentlichen Kündigungsrechtes zu Gunsten der Gesellschaft vorsieht, berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang liege eine auffallende Ungleichbehandlung der Gesellschaft gegenüber den Genussscheininhabern vor, welche sachlich nicht gerechtfertigt sei. Auch unter diesem Aspekt sei der Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes in den Genussscheinbedingungen der beklagten Partei als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB zu beurteilen. Abgesehen davon wäre der Ausschluss des außerordentlichen Kündi-

gungsrechtes ein unzumutbarer Eingriff in den bestehenden Grundrechtsschutz der Genussscheininhaber. Die außerordentliche Kündigung sei auf jene Fälle beschränkt, in welchen der Vertragspartei die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses billigerweise nicht mehr zumutbar sei, wie etwa bei Vertragsverletzungen aufgrund des dadurch bedingten Verlustes des Vertrauens zum Vertragspartner oder erheblichen Änderungen der Verhältnisse, die eine weitere Aufrechterhaltung der vertraglichen Bindung unzumutbar erscheinen lassen.

Zweck der Urteilsveröffentlichung sei, eine durch eine Rechtsverletzung hervorgerufene unrichtige Meinung in der Öffentlichkeit richtigzustellen und zu verhindern, dass diese Meinung um sich greife. Das berechtigte Interesse des Klägers an der Veröffentlichung der Entscheidung liege darin, dass der Rechtsverkehr bzw. die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw. sittenwidrig sind. Besteht der die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung rechtfertigende Nachteil im Abschluss gesetzwidriger Verträge oder in der Verwendung unzulässiger Vertragsbestandteile, so bestehe ein Bedürfnis, die Öffentlichkeit entsprechend aufzuklären. Dadurch werde die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandtei-

len geschärft. Anspruchsvoraussetzung der Urteilsveröffentlichung sei das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG). Dieses liege bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw. die Verbraucher als Gesamtheit das Recht hätten, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw. sittenwidrig sind. Die bloß faktische Änderung der inkriminierten Klausel nach Klageeinbringung sei nicht geeignet, das Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die seinerzeitige Verwendung dieser gesetzwidrigen Vertragsbestandteile, deren künftige Verwendung auch nicht ausgeschlossen werden könne, zu beseitigen. Die klagende Partei habe ein berechtigtes Interesse an der Veröffentlichung des klagestattgebenden Teiles des Urteiles, weil nur auf diese Weise sichergestellt werden könne, dass die Verbraucher als Gesamtheit darüber aufgeklärt werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen der beklagten Partei gesetzwidrig sind. Auch die Information verschiedener Medien über den vorliegenden Prozess durch die klagende Partei selbst schließe ihr berechtigtes Interesse an der Urteilsveröffentlichung nicht aus. Aufgrund der Größe des Unternehmens der beklagten Partei und der großen Anzahl der betroffenen Genussscheine (420.000) sei

vielmehr davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Anlegern als Verbraucher im geschäftlichen Verkehr mit den gegenständlichen Genussscheinbedingungen konfrontiert waren und sind, sodass gerade unter Berücksichtigung dieses Umstandes ein berechtigtes Interesse der klagenden Partei an der Urteilsveröffentlichung bestehe.

Gegen diese Entscheidung richten sich die **Berufungen der klagenden Partei** und **der beklagten Partei** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Die klagende Partei bekämpft den klageabweisenden Teil des Urteiles und beantragt die erstgerichtliche Entscheidung in vollständige Klagestattgebung abzuändern. Die beklagte Partei bekämpft den stattgebenden Teil des Urteiles betreffend den Verzicht auf die außerordentliche Kündigung und die Veröffentlichung des klagestattgebenden Teiles des Urteiles mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass auch das Klagebegehren zu den Urteilspunkten 2.1. erste Klausel (§ 8 Abs 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei) und II.2. Urteilsveröffentlichung abgewiesen werde. Hilfsweise stellen beide Parteien einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

Beide Streitteile beantragen in ihren Berufungsbeantwortungen wechselseitig, der Berufung des jeweils anderen nicht Folge zu geben.

Über die Berufungen war gemäß § 492 ZPO aF in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden.

Die Berufung der klagenden Partei ist **begründet**, jene der beklagten Partei hingegen ist **nicht begründet**.

I. Zum Ausschluss der außerordentlichen Kündigung:

1.1. Die beklagte Partei ist der Ansicht, dass bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auch der Ausschluss einer außerordentlichen Kündigung zulässig sei. Diese lägen hier vor, weil die Genussrechte streng aktienähnlich (-gleich) ausgestaltet seien. Die Inhaltskontrolle der Genussscheinbedingungen sei daher nicht am Maßstab der unternehmensrechtlichen Regelungen über die stille Gesellschaft, sondern vielmehr zwingend am Maßstab des Aktienrechtes und der Bestimmungen des BWG und VAG zum Partizipationskapital vorzunehmen. Aufgrund des Eigenkapitalcharakters der (Substanz-)Genussscheine müsse eine Rückzahlung zwingend ausgeschlossen sein. Der vertragliche Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes sei - weil ein Typusmerkmal des Genussscheines - sachlich gerechtfertigt. Sollte der Ausschluss des Kündigungsrechtes unwirksam sein, käme dem Genussrechtskapital plötzlich weder handels- noch steuerrechtlich die Qualität von Eigenkapital zu. Bei den Bestimmungen der §§ 23 Abs 4 BWG und 73 c Abs VAG hand-

le es sich um aufsichtsrechtliche Regelungen, die auf die aufsichtsrechtliche Anerkennung von Eigenkapital abzielten. Diese gesetzlichen Wertungen müssten auch für Unternehmen, die außerhalb des unmittelbaren Geltungsbereiches des BWG bzw des VAG stünden, in gleicher Weise als Grundwertungen des Gesetzgebers insoweit herangezogen werden, als inhaltsgleiche privatautonome Regelungen nicht als ungültig im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB bzw § 6 KSchG angesehen werden könnten. Die aufsichtsrechtlichen Regelungen setzten eine zulässige Vertragsgestaltung voraus und ermöglichten diese nicht erst. Durch die (tatsächliche) Börsennotierung der Genussscheine sei deren jederzeitige Veräußerbarkeit gegeben. Da die Anleger jederzeit aus dem Genussscheinverhältnis aussteigen könnten, könne eine Unzumutbarkeit der weiteren Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses, die eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen würde, überhaupt nicht eintreten. Der Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes sei daher zulässig. Da die beklagte Partei in Bezug auf § 8 Abs 2 der Genussscheinbedingungen bereits eine gerichtliche Unterlassungserklärung abgegeben habe und sich daher nicht mehr auf diese Bestimmung berufen könne und werde, könne sich durch diese Bestimmung keine unsachliche Ungleichbehandlung der Genuss-

scheininhaber mehr ergeben. Die klagende Partei habe die Öffentlichkeit bereits wiederholt über die jeweiligen Verfahrensstadien zeitnah und umfangreich über ihre Homepage und über Presseaussendungen informiert. Es sei daher davon auszugehen, dass sie dies auch in Bezug auf das rechtskräftige Urteil tun werde. Auf diesem Weg werde das Ziel einer Urteilsveröffentlichung, nämlich die Information der Öffentlichkeit bereits vollständig erreicht, somit falle das berechtigte Interesse der klagenden Partei an dieser weg.

1.2. Der Privatautonomie sind bei der rechtlichen Ausgestaltung von Genussrechten grundsätzlich (nur) durch die Bestimmungen der §§ 864 a, 879 ABGB und § 6 KSchG Grenzen gesetzt (7 Ob 267/02v mwN; 10 Ob 34/05f). Da das Kapital dem Unternehmer für längere Zeit zur Verfügung gestellt wird, ist das Genussrecht auf Dauer angelegt. Das auf Einräumung von Genussrechten gerichtete Rechtsgeschäft ist ein Vertrag sui generis und begründet ein Dauerschuldverhältnis. Genussrechte sind auf wiederkehrende Leistungen, nämlich Zins- und Dividendenzahlungen, gerichtet, wodurch ihr Charakter als Dauerschuldverhältnis deutlich wird (Nagele in Jabor-negg/Strasser, Aktiengesetz⁴ § 174 Rz 32; van Husen, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital [1998] 116; 10 Ob 34/05f; 7 Ob 267/02v). Ihnen 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 vom Vertrag, Verband und Markt [2001] 148 ff; 10 Ob 34/05f).

1.3. 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 Einzelfalles berücksichtigende Interessensprüfung 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 (10 Ob 34/05f; 7 Ob 262/02v; RIS-Justiz RS0016914).

1.4. Nach in Rechtsprechung und Lehre unbestrittener Auffassung ist die Möglichkeit einer außerordent-

lichen Kündigung, also einer Kündigung aus wichtigem Grund, allen Dauerschuldverhältnissen immanent (Würth in Rummel, ABGB³ § 1118 Rz 1 f; RIS-Justiz RS0018368; 10 Ob 34/05f mwN). 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 ohne Rücksicht auf ihre vereinbarte Dauer stets durch außerordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen, die für einen Vertragspartner Unzumutbarkeit der Fortsetzung begründen, aufgelöst werden können (10 Ob 34/05f mwN). Ein völliger Ausschluss des Kündigungsrechtes bei einem unbestimmten Dauerschuldverhältnis ist daher jedenfalls sittenwidrig und als Verstoß gegen § 879 ABGB anzusehen (10 Ob 34/05f; SZ 71, 141).

1.5. 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 aaO 169 f, 210, 235; Lindinger, Über Zulässigkeit und Beendigung bestimmter Genussrechte 730 f; 10 Ob 34/05f). Für die Frage der Unwirksamkeit des Ausschlusses des außerordentlichen Kündigungsrechtes durch die inkriminierte Vertragsklausel ist auch die konkrete Ausgestaltung allfälliger Mitwirkungs-, Teilnahme- oder Informationsrechte der Gewinnscheininhaber nicht entscheidend. Auch der Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 23 Abs 4 BWG und 73 c 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. Die angeführten Bestimmungen bezwecken 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 ausschließlich

Banken und Versicherungen, somit Unternehmen vorbehalten, die einer besonderen staatlichen Aufsicht zum Schutz der Kunden vor einer Insolvenz des Unternehmens oder vor einer schlechten Geschäftsgebarung unterliegen. Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes bezwecken die Bestimmungen der §§ 23 Abs 4 BWG und 73 c Abs 1 VAG hingegen nicht, das Recht der Dauerschuldverhältnisse für einen bestimmten Abschnitt neu zu gestalten. Aus diesen Bestimmungen über Partizipationskapital kann daher keinesfalls ein so gravierender Eingriff in allgemeine schuldrechtliche Prinzipien, wie es die Anerkennung der Wirksamkeit des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung eines Genussrechtsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis wäre, abgeleitet werden (10 Ob 34/05f mwN).

1.6. Selbst wenn man davon ausgeht, dass aus Überlegungen der Eigenkapitalqualität ein Interesse des Emittenten auf Schutz vor überraschendem Kapitalabfluss zu beachten sei, ist davon auszugehen, dass selbst bei Zugrundelegung dieser Ansicht im Rahmen der gebotenen Interessensabwägung ein Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechtes aus wichtigem Grund für die Dauer der Gesellschaft, somit unbefristet, als nicht mehr angemessen angesehen werden kann. Dabei ist nämlich zu berücksichtigen, dass das außerordentliche Kündigungs-

recht 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 (10 Ob 34/05f; Kalss, Anlegerinteressen aaO 478). Im Hinblick auf das der Gesellschaft eingeräumte Recht, die Genussscheine ab 2004 jährlich zu kündigen, vermag auch die tatsächliche Börsennotierung der Genussscheine den einseitigen Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechtes im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB jedenfalls nicht zu rechtfertigen.

1.7. Die AvW-Genussscheine sind stimmrechtslosen Vorzugsaktien ähnlich, aber nicht gleich. Der Ausschluss des Stimmrechts kann gemäß § 115 Abs 1 AktG nur mit einem „nachzuzahlenden Vorzug“ bei der Gewinnverteilung aufgewogen werden. Der Dividendenvorzug stimmrechtsloser Aktien kann zwar sachlich und zeitlich eingeschränkt werden, ein Vorzug bei der Gewinnverteilung ohne Nachbezugsrecht wie hier oder ein anderer vermögensrechtlicher Vorteil welcher Art immer vermag den Stimmrechtsausschluss aber nicht wettzumachen (Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG § 115 Rz 1). Der wesentli-

che Unterschied der AvW-Genussscheine zu stimmrechtslosen Vorzugsaktien liegt im Wiederaufleben des ruhenden Stimmrechts der Vorzugsaktionäre, wenn der Vorzugsbeitrag bei der Verteilung des Gewinns in einem Jahr nicht oder nicht vollständig ausbezahlt wird und der Rückstand im darauffolgenden Jahr nicht neben dem vollen Bezug dieses Jahres nachbezahlt wird (§ 116 Abs 2 AktG). Hingegen haben die Anleger, die in AvW-Genussscheine investieren, nach § 3 Abs 5 der Genussscheinbedingungen, sollten für ein Geschäftsjahr Gewinnanteile nicht oder nicht zur Gänze an die Genussscheininhaber ausgeschüttet werden, keinen Anspruch auf Nachholung aus den ausschüttungsfähigen Gewinnen der folgenden Geschäftsjahre. Vorzugsaktionäre sind bei der Ausübung von Minderheitenrechten mitzuberücksichtigen, und zwar sowohl bei Minderheitsverlangen als auch bei Widersprüchen (Strasser in Jabornegg/Strasser aaO §117 Rz 1). Genussscheine unterscheiden sich von Vorzugsaktien dadurch, dass sie auch bei aktienähnlicher Ausgestaltung schuldrechtlichen Charakter aufweisen und keine Mitgliedschaftsrechte begründen (Nagele aaO Rz 3). Entgegen der Auffassung der beklagten Partei läßt sich aus dieser daher eine Berechtigung zum Ausschluss des außerordentlichen und ordentlichen Kündigungsrechtes nicht ableiten, auch wenn die Einstufung als Eigenkapi-

tal dies voraussetzt.

1.8. Aus diesen Erwägungen war der Berufung der beklagten Partei ein Erfolg zu versagen.

II. Zum Ausschluss der ordentlichen Kündigung:

2.1. Die klagende Partei macht in ihren Rechtsmittelausführungen zur Frage des Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechtes zusammengefasst geltend, eine benachteiligende Bestimmung könne im Rahmen einer Gesamtbetrachtung gerechtfertigt erscheinen, wenn Nachteile durch andere vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen würden. Dabei sei stets auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen. Die offenkundige Nachteiligkeit des einseitigen Kündigungsausschlusses zu Lasten des Genussscheininhabers führe daher nur dann zu keiner gröblichen Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, wenn dieser Nachteil durch andere, vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen werde. Es sei keinesfalls ausreichend, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bloß faktisch ein für den Genussscheininhaber günstiger Zustand geschaffen werde, ohne dass dieser auch eine entsprechende rechtliche Absicherung durch vertragliche Bestimmungen erfahre. Im Verbandsklageverfahren gemäß § 28 KSchG sei eine ergänzende Vertragsauslegung nach ständiger Rechtsprechung unzulässig, weil stets die kundenfeindlichste, objektive

Auslegung maßgeblich sei. Ob eine am hypothetischen Parteiwillen oder der Übung des redlichen Verkehrs orientierte ergänzende Vertragsauslegung im Individualfall zu dem Ergebnis führen würde, dass die vertraglichen Bestimmungen um eine Verpflichtung der Gesellschaft, die Börsennotierung zu erwirken und aufrecht zu erhalten, zu ergänzen seien, könne daher dahingestellt bleiben. Eine Börsennotierung stelle selbst dann, wenn sie rechtlich verpflichtend vorgesehen wäre, keinen in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht vollständig gleichwertigen Ersatz für das der Gesellschaft, nicht aber den Genussscheininhabern zustehende ordentliche Kündigungsrecht dar, weil einerseits eine tatsächliche Verkaufsmöglichkeit an der Börse nicht immer gegeben sei, andererseits auch ein Verkauf an der Börse - im Gegensatz zu einer ordentlichen Kündigung samt Berechnung des Abschichtungsguthabens - nicht gewährleiste, dass der Genussscheininhaber den ihm vertraglich zustehenden Wert erhalte. Der Gesellschaft werde hingegen die Möglichkeit eingeräumt, das Rechtsverhältnis mit dem Genussscheininhaber zu einem ihr wirtschaftlich günstig erscheinenden Zeitpunkt zu lösen und das Genussscheinkapital abzuschichten, ohne dass diese Möglichkeit auch dem Genussscheininhaber zugestanden werde. Es liege daher sehr wohl ein Ungleichgewicht zwi-

schen den Rechten der beklagten Partei und denjenigen der Genussscheininhaber vor, das die Klausel unzulässig mache. Die Rechtsposition des Genussscheininhabers stehe in auffallendem Missverhältnis zur Rechtsposition der Gesellschaft, der das Recht zur ordentlichen Kündigung eingeräumt werde, was eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB bewirke.

2.2. Gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sind für den Verbraucher insbesondere auch solche Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen der Verbraucher während einer unangemessen langen Frist an den Vertrag gebunden ist (vgl 1 Ob 176/98h). Ein Ausschluss der Kündigung wird grundsätzlich nur dann zulässig sein, wenn die Übertragbarkeit ausreichend abgesichert ist und dem Anleger damit eine der Kündigung gleichwertige Beendigungsmöglichkeit geboten wird. Das verlangt die Information der aktuellen und potentiellen Anleger durch den Emittenten ebenso 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 Kündigungsaus-

schluss, der zu einer sittenwidrigen Knebelung des Anlegers führen kann. Nur wenn 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 (10 Ob 34/05f, 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. Auch bei Genussrechten kann das Kündigungsrecht ausgeschlossen werden, sofern dem Anleger die durch Verbriefung und Börsenno-

tierung herbeigeführte realistische Alternative der Übertragung geboten wird (10 Ob 34/05f).

2.3. Bei der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist aber auch die sonstige inhaltliche Ausgestaltung der Genussrechte zu berücksichtigen (Oberndorfer, Zum Ausschluss der (außer)ordentlichen Kündigung von Genussrechten ÖBA 2006, 813 ff). Die Börsennotierung der Genussscheine allein rechtfertigt nach der Rechtsprechung den Ausschluss der ordentlichen Kündigung im Falle des beiderseitigen Ausschlusses des Kündigungsrechtes. Hier ist darüberhinaus eine Ungleichbehandlung durch den einseitigen Ausschluss des Kündigungsrechtes zu Lasten der Anleger gegeben. Diese zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehende Ungleichbehandlung der Anleger hätte durch weitere, vorteilhafte Vertragsbestimmungen, wie eine entsprechende rechtliche Absicherung der Aufrechterhaltung der Börsennotierung und ein Rückgaberecht der Anleger, ausgeglichen werden müssen (Oberndorfer, Zum Ausschluss der (außer)ordentlichen Kündigung von Genussrechten aaO 813 ff). Ohne diese führt der einseitige Kündigungsausschluss trotz der faktischen, aber nicht rechtlich verbindlichen und somit jederzeit - wenn auch in einem aufwendigen Verfahren - rückgängig machbaren Börsennotierung zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Interessen der Anle-

ger iSd §§ 879 Abs 3 ABGB und 6 Abs 1 Z 1 KschG.

3. Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren wird nach § 500 a ZPO auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichtes verwiesen.

Der Berufung der klagenden Partei war daher stattzugeben.

4. Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

5. Unter Bedachtnahme auf die Anzahl der betroffenen Genussscheine und das dadurch repräsentierte Kapital von € 420.000;-- war gemäß § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO auszusprechen, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes jeweils € 30.000,-- übersteigt.

6. Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO war hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens zuzulassen, weil der Frage der Voraussetzungen für die Zulässigkeit des einseitigen Ausschlusses einer Kündigung nur zu Lasten der Anleger bei an der Börse notierten aktienähnlichen Genussrechten erhebliche Bedeutung im Sinne dieser Gesetzesstelle zukommt.

Oberlandesgericht Graz

Senatsabteilung 4, am 11. August 2009



Dr. Susanne Angerer
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: