



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

16 R 178/14k

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Strauss als Vorsitzenden sowie die Richterinnen des Oberlandesgerichtes Dr. Fabian und Mag. Fisher in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Stingl & Dieter Rechtsanwälte OG in Graz, wider die beklagte Partei **Anlegerentschädigung von Wertpapierfirmen GmbH**, Rainergasse 31/8, 1040 Wien, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen EUR 20.000,-- samt Anhang, über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 6. August 2014, 16 Cg 178/11f-42, gem. § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.651,56 (darin EUR 275,26 Ust) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

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

Die Klägerin zeichnete über Vermittlung der AvW Invest AG am 3. November 2005, am 6. Februar 2007 und am 13. Juli 2007 sukzessive [REDACTED] von der AvW Gruppe AG emittierte Genussscheine und zahlte dafür insgesamt EUR [REDACTED].

Die beklagte Entschädigungseinrichtung ist die für (durch Wertpapierunternehmen) geschädigte Anleger geschaffene Entschädigungseinrichtung des Bundes gemäß den §§ 75 ff WAG 2007.

Die emittierende AvW Gruppe AG war nie, die vermittelnde AvW Invest AG dagegen vom Zeitpunkt der Gründung der Beklagten im September 1999 bis 24. November 2008, als sie von der Generalversammlung der Beklagten ausgeschlossen wurde, deren Mitglied.

Über die beiden Aktiengesellschaften wurde am 4. Mai 2010 der Konkurs eröffnet.

Die **Klägerin** begehrt von der Beklagten den in § 75 Abs 2 WAG 2007 vorgesehenen Höchstbetrag von EUR 20.000,-- samt Anhang. Dass die AvW Gruppe AG niemals Mitglied der Beklagten gewesen sei, schade nicht, weil die Kundengelder letztlich an die AvW Invest AG geflossen seien, für welche die Beklagte einzustehen habe und die beiden Gesellschaften ein „untrennbares Firmenkonglomerat“ gebildet hätten.

Dr. Wolfgang Auer-Welsbach habe eine beherrschende, ja diktatorische Stellung innerhalb der beiden Gesellschaften sowie im gesamten AvW-Firmenkonglomerat inne gehabt. Das von ihm geschaffene System sei für einen durchschnittlichen Anleger nicht durchschaubar gewesen, zumal es sich letztlich um ein „kapitalmarktorientiertes perpetuum mobile“ gehandelt habe:

Kunden wie die Klägerin hätten über die Vertriebsgesellschaft AvW Invest AG Genussscheine an der AvW Gruppe AG erworben; Depotführung sowie Zahlungsflüsse seien von der AvW Invest AG kontrolliert und an die AvW Gruppe AG weitergeleitet worden; in der AvW Gruppe AG seien die Gelder aber nicht zweckentsprechend verwendet worden, sondern mittels Vertriebsprovisionen und dubios gewidmeten Zahlungen wiederum an die AvW Invest AG zurückgeflossen. Die von Anlegern investierten Gelder seien also von der AvW Gruppe AG im Ergebnis in großem Umfang an die AvW Invest AG zurückbezahlt worden, wodurch diese Besitz und Verfügungsgewalt über die veranlagten Gelder faktisch wiedererlangt habe und zum Schuldner der Anleger geworden sei. Der Wert ihrer Beteiligung an der AvW Invest AG habe bei der AvW Gruppe AG zu einer scheinbaren Substanzwerterhöhung geführt, dies jedoch ausschließlich aufgrund der Vermittlung und des Verkaufs von Genussscheinen.

Die komplizierte Verschachtelung der verschiedenen AvW-Firmen verbunden mit der Notierung der Genussscheine an der Frankfurter Börse dürfe nicht zu Lasten der schützenswerten Anleger gehen. Es „könne nicht im Sinn des Gesetzgebers gewesen sein“, einer Anlegerentschädigungseinrichtung wie der Beklagten einen so engen Haftungsrahmen zu setzen, dass eine Inanspruchnahme durch geschädigte Anleger wie die Klägerin so gut wie ausgeschlossen sei.

Die **Beklagte** beantragt die Abweisung des Klagebegehrens und wendet dagegen zusammengefasst ein, ihre Haftung sei zu verneinen, weil die AvW Gruppe AG nie Mitglied der Beklagten gewesen sei und die Mitgliedschaft der AvW Invest AG bereits vor Konkurseröffnung geendet

habe.

Die von der Klägerin erworbenen Genussscheine seien Einlagen und damit Eigenkapital, womit eine Entschädigungshaftung ausgeschlossen sei. Dasselbe gelte für Schuldverschreibungen, wenn man die Genussscheine als solche qualifiziere. Es hätten sich lediglich die typischen Risiken einer Investition in Wertpapiere verwirklicht; von der Entschädigungspflicht der Beklagten sei aber insbesondere das Risiko eines Wertverlustes aufgrund wirtschaftlicher Fehlentscheidungen oder auch strafbarer Handlungen nicht umfasst.

Im zweiten Rechtsgang sprach das Erstgericht der Klägerin mit dem **angefochtenen Urteil** den verlangten Kapitalbetrag samt 4 % Zinsen seit 9. September 2011 zu und verpflichtete die Beklagte zum Kostenersatz; nur das Zinsenmehrbegehren für den Zeitraum 4. Mai 2010 bis 8. September 2011 wies es ab.

Dazu traf das Erstgericht ausführliche Sachverhaltsfeststellungen. Zur Vermeidung von Wiederholungen ist dazu auf die Seiten 2 bis 4 sowie 10 bis 22 der angefochtenen Entscheidung zu verweisen.

Rechtlich führte der Erstrichter aus, dass auf den Sachverhalt das WAG 2007 anzuwenden sei. Nach dessen Bestimmungen hätten alle Wertpapierfirmen, die Wertpapierdienstleistungen erbringen, der Beklagten als Entschädigungseinrichtung anzugehören. Grundsätzlich habe die Beklagte auch für ehemalige Mitglieder nach § 75 Abs 2 WAG 2007 zu haften, wie der Oberste Gerichtshof in seiner im ersten Rechtsgang ergangenen Entscheidung 7 Ob 220/12x (ON 23) erkannt habe. Es schade deshalb nicht, dass die Mitgliedschaft der AvW Invest AG bei der Beklagten im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits

erloschen gewesen sei, zumal lediglich entscheidend sei, dass die Wertpapierfirma zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über die Wertpapierdienstleistung Mitglied der Beklagten gewesen sei, was hier zutreffe.

Das Halten von Geld oder Finanzinstrumenten von Kunden durch eine Wertpapierfirma sei konzessionswidrig und damit verboten. Ein Verstoß gegen dieses Verbot löse die Entschädigungshaftung aus, wenn die Mittel infolge Konkureröffnung nicht mehr an die Anleger zurückgeführt werden könnten. Dies treffe auch dann zu, wenn sich nicht die Wertpapierfirma selbst, sondern ein rechtlich oder wirtschaftlich verbundener Rechtsträger die Kundenmittel aneigne („mittelbares Halten“), etwa bei einer Verflechtung der Rechtsträger im Sinn einer Beherrschung oder einer weitgehenden Identität der Eigentümer.

Dies treffe im vorliegenden Fall zu, weil die AvW Gruppe AG zu 75 % an der AvW Invest AG beteiligt gewesen und Dr. Wolfgang Auer-Welsbach Vorstandsvorsitzender in beiden Gesellschaften gewesen sei, er diese mit seinem autoritären Führungsstil zur Gänze beherrscht und dominiert und außerdem 80 % der Aktien der AvW Invest AG kontrolliert habe. Zwischen der Steigerung des Kurses dieser Aktien einerseits und dem Substanzwert der AvW Gruppe AG und damit auch dem Kurswert von deren Genussscheinen andererseits habe eine direkte Verbindung bestanden. Diese Umstände sowie die Finanzierung der AvW Invest AG durch die AvW Gruppe AG ließen auf die Verflechtung beider Gesellschaften in oben beschriebener Qualität schließen und es sei von einem mittelbaren Halten der Kundengelder durch die vermittelnde AvW Invest AG für die emittierende AvW Gruppe AG auszugehen.

Die gegenständlichen Genussscheine seien weder als

Eigenkapital, noch als Schulverschreibungen von der Entschädigung ausgenommen, weil die Ausnahmebestimmungen in § 75 Abs 3 letzter Satz WAG 2007 unionsrechtlich nicht gedeckt seien.

Mangels Vorbringen zum Zinsenbegehren gebührten Zinsen erst ab Klagezustellung.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die **Berufung der Beklagten** aus dem Grund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung einschließlich sekundärer Feststellungsmängel. Die Beklagte beantragt, das angefochtene Urteil im Sinne einer Klageabweisung abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die **Berufung** ist **nicht berechtigt**.

In ihrer **Mängelrüge** releviert die Beklagte, das Erstgericht habe wesentliche Feststellungen aus dem im Strafverfahren des Landesgerichtes Klagenfurt, 18 Hv 163/10v, ergangenen Urteil gegen Dr. Wolfgang Auer-Welsbach übernommen, obwohl sich die Beklagte gegen die Verlesung dieses Strafurteiles ebenso wie gegen die Verlesung eines im Strafverfahren gegen Dr. Auer-Welsbach eingeholten Sachverständigengutachtens ausgesprochen habe. Die Beklagte sei nicht Partei dieses Strafverfahrens und auch sonst nicht involviert gewesen. Die Verwertung des Strafurteiles, das keine Bindungswirkung für den gegenständlichen Zivilprozess entfalte, verstoße gegen den in § 276 ZPO normierten Unmittelbarkeitsgrundsatz sowie gegen § 281a ZPO, der das

Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nicht außer Kraft setze, sondern bloß Ausnahmen davon statuieren, die für Urteile aus anderen Verfahren nicht gelten würden. Die Verwertung des Strafurteiles anstelle des diesem zugrunde liegenden Gutachtens stelle eine Umgehung des § 281a ZPO dar. Es sei dadurch das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt worden, sie habe dies auch ordnungsgemäß gerügt.

Zur Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels führt die Beklagte aus, dass das Beweisverfahren bei unmittelbarer Beweisaufnahme ergeben hätte, dass die Klägerin die von ihr erworbenen Instrumente, die Gegenstand der Wertpapierdienstleistung waren, erhalten habe und noch immer halte, dass die erworbenen Genussscheine lediglich eine Beteiligung am Gewinn, Vermögen und Liquidationserlös der Gesellschaft verbrieften, jedoch keinen Anspruch auf eine Veranlagung in irgendeiner bestimmten Form. Daraus hätte sich nach Ansicht der Beklagten ergeben, dass die AvW Gruppe AG in der Verwendung des in ihr Vermögen übergegangenen Geldes frei gewesen sei und somit keine Kundengelder verschoben oder gehalten worden seien.

Das Berufungsgericht teilt die Ansicht der Beklagten, dass die inhaltliche Verwertung des Strafurteils als (wichtigste) Feststellungsgrundlage den Verfahrensvorschriften nicht entspricht:

Gemäß § 276 Abs 1 ZPO gilt im Zivilprozess der Grundsatz der sachlichen Unmittelbarkeit, Beweise sind vor dem erkennenden Gericht aufzunehmen (vgl. *Rechberger in Fasching/Konecny*² § 276 ZPO Rz 2). Die mittelbare Beweisaufnahme ist demnach bloß ausnahmsweise zulässig und bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.

Eine solche Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz statuiert § 281a ZPO; demnach kann ein Protokoll oder ein schriftliches Sachverständigengutachten aus einem anderen gerichtlichen Verfahren als Beweismittel verwendet werden und die neuerliche Beweisaufnahme unterbleiben, wenn die Parteien auch am anderen gerichtlichen Verfahren beteiligt waren und bestimmte weitere Voraussetzungen vorliegen (Z 1), oder wenn die Parteien, die am anderen Verfahren nicht beteiligt waren, der Verwendung ausdrücklich zustimmen (Z 2).

Da die Beklagte, die nicht Partei des genannten Strafverfahrens war, der Verwendung des dort eingeholten Gutachtens nicht zustimmte, entschied sich das Erstgericht zur Verlesung des im dortigen Verfahren ergangenen Strafurteiles. Es vertrat dabei die Rechtsansicht, dass § 281a Z 2 ZPO eine Zustimmung der Beklagten nur dann erforderlich mache, wenn das Gericht beabsichtige, Protokolle oder Sachverständigengutachten aus einem anderen Verfahren zu verwenden. Da Urteile in § 281a ZPO nicht erwähnt seien, könnten solche demnach auch ohne Vorliegen der in Z 1 und Z 2 genannten Bedingungen, im gegenständlichen Fall somit ohne Zustimmung der Beklagten, als Beweismittel verwendet werden.

Dieser Rechtsauffassung kann nicht gefolgt werden: § 281a ZPO ist, wie das Erstgericht zutreffend ausführte, nur auf jene Beweismittel anwendbar, die dort explizit genannt werden, die analoge Anwendung auf Urteile kommt nicht in Betracht. Die Konsequenz daraus ist jedoch nicht, dass Urteile ohne die in § 281a Z 1 und 2 ZPO genannten Voraussetzungen als Beweismittel verwendet werden könnten, sondern, im Gegenteil, dass die Ausnahme

vom Grundsatz der Unmittelbarkeit für Urteile aus anderen Verfahren nicht gilt und deren Verwendung ohne Zustimmung aller Parteien somit gemäß § 276 ZPO stets unzulässig ist.

Zutreffend weist die Berufung der Beklagten auch darauf hin, dass eine Bindungswirkung des in Rede stehenden Strafurteiles schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil die Beklagte am dortigen Strafverfahren nicht beteiligt war (vgl. SZ 68/195).

Soweit die Klägerin dazu in ihrer Berufungsbeantwortung ausführt, dass auch Zeugen vom Hörensagen einvernommen werden könnten, wenn ein unmittelbarer Beweis nicht zur Verfügung stehe, ist ihr zu entgegnen, dass es sich weder bei einem schriftlichen Gutachten, noch bei einem schriftlich ausgefertigten Urteil um einen Zeugenbeweis vom Hörensagen handelt. Es gibt auch keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Einholung eines unmittelbaren Beweises nicht möglich wäre.

Soweit sich die Klägerin auf RIS-Justiz RS0040367 beruft und meint, dass ein unzulässiges Beweismittel dennoch zulässige Argumente für die Beweiswürdigung liefern könne, ist ihr zu entgegnen, dass sich die dem Rechtssatz zugrunde liegende Entscheidung explizit auf die Bindungswirkung des zwischenzeitlich außer Kraft getretenen § 268 ZPO beruft. Die zitierte Rechtsprechung ist deshalb überholt. Im Übrigen wäre es auch bei Annahme einer solchen Bindungswirkung nicht zulässig, Feststellungen ausschließlich aufgrund eines unzulässigen Beweismittels zu treffen.

Entgegen der von der Berufungswerberin vertretenen Ansicht ist die von ihr aufgezeigte Verletzung von Verfahrensvorschriften im erstinstanzlichen Verfahren

jedoch zwar als Fehler des Gerichts zu werten, im Ergebnis aber nicht geeignet, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern und damit nicht relevant im Sinn des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO:

Zunächst sind die rechtlichen Grundlagen darzustellen, die vom Obersten Gerichtshof im ersten Rechtsgang des vorliegenden und in weiteren, von ehemaligen AvW-Anlegern angestregten Verfahren im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der beklagten Entschädigungseinrichtung durch geschädigte AvW-Kunden entwickelt wurden:

1. Nach dem Grundtatbestand des § 75 Abs 3 WAG 2007 (der anzuwenden ist, weil die Klage am 22.8.2011 eingebracht wurde; § 108 Abs 1 WAG) greift die Anlegerentschädigung ein, wenn das Wertpapierunternehmen nicht in der Lage ist, dem Anleger geschuldetes Geld zurückzuzahlen oder dem Anleger gehörende Finanzinstrumente zurückzugeben. Rückforderungsansprüche können sich außer aus den vertraglichen Regelungen auch aus dem Schadenersatz-, Bereicherungs- oder Sachenrecht ergeben. Der Richtliniengeber und der Gesetzgeber gehen im Fall einer Insolvenzeröffnung bei konzessionswidrig gehaltenen, also rechtswidrig zugeeigneten Kundengeldern von einem derartigen Rückzahlungsanspruch aus (4 Ob 89/13m).

2. Ein Anleger, der einem konzessionierten Unternehmen, das Mitglied der Entschädigungseinrichtung ist, einen Auftrag zur Erbringung einer Wertpapierdienstleistung erteilt, kann grundsätzlich damit rechnen, dass ihm die Entschädigungseinrichtung einen Schaden bis zum Höchstbetrag von EUR 20.000,--

ersetzen wird, wenn dieses Mitglied gegen das Verbot des Haltens von Kundengeldern oder Finanzinstrumenten der Kunden verstößt. Es entspricht nicht der Anlegerentschädigungsrichtlinie (Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.3.1997), bestimmten Anlegern den Schutz nur deshalb zu verwehren, weil das betreffende Unternehmen - aus welchem Grund auch immer - vor Konkurseröffnung seine Mitgliedschaft bei der Entschädigungseinrichtung verliert (RIS-Justiz RS128770). Maßgeblich für die Haftung der Entschädigungseinrichtung ist in zeitlicher Hinsicht damit letztlich, dass die später in Konkurs verfallene Wertpapierfirma zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über die Wertpapierdienstleistung Mitglied der Entschädigungseinrichtung war, nicht aber, dass die Mitgliedschaft auch noch im Zeitpunkt der Konkurseröffnung besteht (RIS-Justiz RS0128769).

Eine zeitliche Begrenzung der Haftung der Anlegerentschädigungseinrichtung für ein ehemaliges Mitglied dahin, dass der Entschädigungsfall innerhalb einer bestimmten Frist ab Konzessionsverlust eintreten müsste, besteht nicht (RIS-Justiz RS0128908).

3. Verpöntes „Halten“ kann auch dann vorliegen, wenn die Wertpapierfirma zunächst vereinbarungsgemäß vorgenommene Veranlagungen (teilweise) wieder rückgängig macht und im Zuge der Veranlagung geschaffene Finanzinstrumente veräußert und selbst den Erlös vereinnahmt, anstelle diese Mittel an die Anleger zurückzuführen. Haftungsbegründendes „Halten“ kann aber auch gegeben sein, wenn die Wertpapierfirma bzw. deren Organe Einfluss auf einen Dritten nehmen, sodass Zahlungen nicht widmungsgemäß einem

Wertpapierverrechnungskonto der Anleger gutgeschrieben oder an diese abgeführt, sondern einem Dritten zugeführt werden.

4. Als „Halten“ kommt auch ein mittelbares Halten in Betracht. Ein solches liegt etwa vor, wenn sich nicht die Wertpapierfirma selbst, sondern eine Tochtergesellschaft oder ein mit der Wertpapierfirma sonst rechtlich oder wirtschaftlich verbundener Rechtsträger die Kundengelder oder Finanzinstrumente aneignet. In Betracht kommt etwa eine Verflechtung der beiden Rechtsträger im Sinn einer Beherrschung oder einer weitgehenden Identität der Eigentümer (9 Ob 50/09g; 8 Ob 45/13w; 6 Ob 98/13z).

5. Schuldverschreibungen sind ebenso wie Genussscheine nicht von der Anlegerentschädigung ausgenommen. Die in § 75 Abs 3 letzter Satz WAG iVm § 93 Abs 5 Z 10 BWG statuierte Ausnahme für "Schuldverschreibungen des Kreditinstituts oder der Wertpapierfirma" ist unionsrechtlich nicht gedeckt, zumal die Anlegerentschädigungsrichtlinie (Richtlinie 97/9/EG) keine Ausnahme von der Entschädigungspflicht für Schuldverschreibungen vorsieht. Da den unionsrechtlichen Ausnahmebestimmungen unmittelbare Wirkung zukommt und entgegenstehende nationale Rechtsvorschriften unangewendet zu bleiben haben, kann die Beklagte sich auf § 75 Abs 3 letzter Satz WAG iVm § 93 Abs 5 Z 10 BWG nicht berufen und hat daher auch für Forderungen aus Schuldverschreibungen oder Genussscheinen einzustehen (vgl. ausführlich 8 Ob 45/13w; weiters 4 Ob 89/13m; 6 Ob 98/13z ua.).

6. Auch aus dem Eigenkapitalcharakter der hier zugrunde liegenden Genussscheine kann die Beklagte nicht ihre Leistungsfreiheit ableiten.

Nach § 75 Abs 3 letzter Satz WAG 2007 sind auch Bestandteile des Eigenkapitals der Wertpapierfirma von der Entschädigungspflicht ausgenommen. Allerdings räumt Art. 4 Abs 2 der Anlegerentschädigung-Richtlinie (97/9/EG) den Mitgliedstaaten (nur) die Möglichkeit ein, bestimmte Anleger von der Deckung durch das Anlegerentschädigungssystem auszuschließen oder ihnen eine weniger umfangreiche Deckung zu gewähren. Die ausgeschlossenen Anleger sind in Anhang I der Richtlinie angeführt. Danach bestehen personenbezogene Ausnahmen von der Deckungspflicht für Verwaltungsratsmitglieder, Geschäftsleiter und persönlich haftende Gesellschafter, weiters für Personen, die mindestens 5 % des Kapitals halten, für Personen, die mit der gesetzlichen Kontrolle der Rechnungsunterlagen betraut sind, und Anleger, die vergleichbare Funktionen in anderen Unternehmen derselben Unternehmensgruppe innehaben. Eine allgemeine Ausnahme für Bestandteile des Eigenkapitals der Wertpapierfirma besteht nach Unionsrecht hingegen nicht; § 75 Abs 3 letzter Satz WAG ist insoweit unionsrechtlich nicht gedeckt. Diese unionsrechtlichen Ausnahmebestimmungen haben unmittelbare Wirkung und verdrängen entgegenstehende nationalen Rechtsvorschriften. Dass die Klägerin unter die aufgezeigten personenbezogenen Ausnahmen von der Deckungspflicht nach dem Unionsrecht falle, wurde von der Beklagten nicht behauptet (vgl. 6 Ob 98/13z, 8 Ob 45/13w ua.).

7. Dem Klagebegehren stehen die Gläubigerschutzvorschriften des AktG, insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG), nicht entgegen, zumal eine auf § 75 WAG 2007 gegründete Ersatzleistung an einen Genussscheinberechtigten nicht causa societatis vorge-

nommen wird und dieser die Zahlung nicht in seiner allfälligen Eigenschaft als Gesellschafter, sondern als geschädigter Gläubiger erhält (6 Ob 98/13z, 4 Ob 89/13m).

Eine Haftung der Beklagten für Anlagegeschäfte wie sie von der Klägerin abgeschlossen wurden, hängt damit im Ergebnis davon ab

- wann die Geschäfte abgeschlossen wurden und
- wem das Geld der Anleger tatsächlich zugekommen ist

und kommt in Frage

- wenn vereinbarte Veranlagungen wieder rückgängig gemacht oder Finanzinstrumente veräußert wurden (und der Erlös nicht dem Kunden zugekommen ist)

- oder wenn Einfluss auf einen Dritten genommen wurde, Zahlungen nicht widmungsgemäß einem Kundenkonto zuzuschreiben oder an den Kunden abzuführen

- oder wenn sich nicht die Wertpapierfirma selbst, aber ein mit ihr eng verflochtener Rechtsträger die Kundengelder oder Finanzinstrumente aneignet.

Im angefochtenen Urteil hat das Erstgericht - dem Auftrag des Obersten Gerichtshof entsprechend - die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen getroffen und sich zu deren Begründung vor allem - dies unter Verletzung der dargestellten Verfahrensvorschriften - auf das Strafurteil bezogen, dabei aber übersehen, dass die maßgeblichen tatsächlichen Umstände des zu beurteilenden Sachverhaltes - zumindest im zweiten Rechtsgang - ohnedies entweder ausdrücklich unstrittig sind oder ihnen zumindest kein konkretes und damit verwertbares Gegenvorbringen gegenüber steht:

So steht unstrittig fest, dass die Klägerin die Genussscheine der AvW Gruppe AG zwischen November 2005

und Juli 2007, also nach Schaffung des Systems der Anlegerentschädigung, erworben hat. Es steht ebenfalls unstrittig fest, dass die Klägerin die Genussscheine über Vermittlung der AvW Invest AG erworben hat, die Wertpapiere auf einem Depotkonto der Klägerin bei der Raiffeisenbezirksbank Klagenfurt gutgeschrieben wurden und die Klägerin die Genussscheine seither in ihrer Verfügungsmacht hält (US 3).

Die (inhaltlich dem Straferkenntnis gegen Dr. Wolfgang Auer-Welsbach entsprechenden) Behauptungen der Klägerin zur engen Verflechtung der AvW Gruppe AG mit der AvW Invest AG, den Eigentumsverhältnissen und zur beherrschenden Stellung des Gründers (zB S 2 ff im vorbereitenden Schriftsatz ON 27) wurden von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren zwar für nebensächlich gehalten (zB S 4 ff in ON 28), aber weder konkret bestritten noch wurden in diesem Zusammenhang abweichende Tatsachen behauptet oder (Gegen-)Beweise angeboten. Auch in der Berufung bekämpft die Beklagte die Feststellungen zwar formal sowohl im Rahmen ihrer Mängel- , als auch der Beweisrüge, unterlässt es aber konkrete Gegenbehauptungen aufzustellen oder nachvollziehbar aufzuzeigen, warum die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen inhaltlich unrichtig sein sollten. Es liegen daher insoweit weder ein aufzugreifendes Bestreitungsverbringen noch Gegenbehauptungen vor.

Dass das von den AvW-Anlegern gezahlte Entgelt für die von ihnen erworbenen Genussscheine zunächst vertragsgemäß der emittierenden AvW Gruppe AG zukam, dann aber von dort über verschiedene Vertragskonstruktionen in hohem Anteil wieder zurück an die vermittelnde AvW Invest

AG floss, entspricht nicht nur den Behauptungen der Klägerin (zB S 10ff im Schriftsatz vom 12.12. 2011, ON 12), sondern wurde von der Beklagten ebenfalls nicht konkret in Abrede gestellt, zumal die nicht näher spezifizierte Behauptung, die Gelder seien - zumindest teilweise - „zum Erwerb von Beteiligungen“ verwendet worden (zB S 6 im Schriftsatz vom 4.1.2012, ON 13), einem konkreten BestreitungsVorbringen nicht entspricht und dazu überdies kein Beweisanbot gestellt wurde.

Alle zur rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Tatsachen ergeben sich damit bereits direkt oder indirekt aus dem Vorbringen der Parteien; die in der Berufung zu Recht kritisierte Verlesung des Strafurteils wäre nicht notwendig gewesen, bleibt aber im Ergebnis ohne Einfluss auf die zu lösenden Rechtsfragen. Dies wird auch daraus deutlich, dass die Berufungswerberin in der Mängelrüge zwar umfangreich Passagen aus den Feststellungen als unzulässig aus dem Strafurteil übernommen bekämpft, aber wieder keine konkreten Gegenbehauptungen aufstellt, sondern sich auf rechtliche Überlegungen (zB zur Rechtsnatur von Genussscheinen) beschränkt (Berufung S 7). Mangels Relevanz bleibt der in der Berufung aufgezeigte Verfahrensmangel somit im Ergebnis unbeachtlich.

Dass das Strafurteil gegen Dr. Auer-Welsbach gegenüber der am Strafverfahren unbeteiligten Beklagten keine über die Tatsache der Verurteilung des Unternehmensgründers hinausgehenden Wirkungen entfaltet, wie die Berufung betont, bedarf ohnedies keiner Erörterung.

In der Beweisrüge wendet sich die Beklagte zunächst gegen die Feststellung, dass sich die AvW Invest AG die

„jeweiligen Kaufpreise angeeignet“ habe und will damit klarstellen, dass das von der Klägerin für die Genussscheine bezahlte Geld (zumindest zunächst) an die emittierende AvW Gruppe AG geflossen ist. Auch dieser Umstand ist aber, wie die Berufung zutreffend aufzeigt, nicht strittig, was sich schon aus dem Vorbringen der Klägerin selbst (zB S 3 im vorbereitenden Schriftsatz vom 10.10.2013) ergibt. Mit der bekämpften Feststellung zur „Aneignung der Kaufpreise durch die AvW Invest AG“ wollte das Erstgericht (wenn man von einem möglichen Schreibfehler absieht) offenbar nur das weitere Schicksal der Gelder und im Zusammenhang damit die Unkenntnis der Klägerin über die Firmenkonstruktionen beschreiben. Dass ein großer Teil der von Kunden für Genussscheine eingezahlten Gelder letztlich zurück zur vermittelnden AvW Invest AG floss, stellt auch die Beklagte nicht in Frage, weshalb kein Anlass besteht, die bekämpfte Feststellung zu korrigieren.

Soweit die Beklagte im Rahmen der Beweisrüge ihre Argumente zur Mängelrüge wiederholt, genügt es, auf die Ausführungen des Berufungsgerichtes dazu zu verweisen.

Ausgehend vom beiderseitigen Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren und den unstrittigen Umständen im Sinn der obigen Ausführungen ist die **Rechtsrüge** im Ergebnis nicht berechtigt:

In dieser argumentiert die Berufungswerberin, gestützt auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes im Parallelverfahren zu 1 Ob 242/12p, es liege keine Wertpapierdienstleistung oder Vermögensverwaltung vor, wenn ein Anleger einem Unternehmen Geldmittel gegen die Einräumung von Genussrechten überlasse. Wenn aber die Emission durch die AvW Invest AG keine Wertpapierdienst-

leistung sei, könne es eine solche durch die AvW Gruppe AG auch nicht sein. Das Fehlen einer Forderung aus Wertpapierdienstleistungen ergebe sich schon daraus, dass die Klägerin die Genussscheine vereinbarungsgemäß erhalten habe und sie auch jetzt noch auf seinem Depot lägen. Damit seien die zwischen Anleger und Wertpapierfirma vertraglich vereinbarten Wertpapierdienstleistungen der Annahme und Übermittlung von Aufträgen abgeschlossen gewesen. Daher gebe es auch keine offene Forderung auf Rückgabe von dem Kunden gehörenden Instrumenten oder Geldern aus den Wertpapierdienstleistungen mehr. Nach erfolgtem Austausch von Ware (Genussscheinen) gegen Entgelt gebe es keine Kundengelder mehr. Die Klägerin sei Eigentümerin der Genussscheine geworden, während das dafür bezahlte Geld in das Gesellschaftsvermögen der AvW Gruppe AG übergegangen sei. Zu keinem Zeitpunkt habe es sich somit um Kundengelder gehandelt, die mittelbar oder unmittelbar hätten gehalten werden können. Mit dem Erwerb der Genussscheine habe die Klägerin die darin verbrieften Rechte - eine Beteiligung am Gewinn, Vermögen und Liquidationserlös der AvW Gruppe AG - erhalten, die ihr weiterhin zuständen.

Dass keine versicherungspflichtigen Wertpapierdienstleistungen vorlägen, zeige sich auch daran, dass die Genussscheine auch über die Börse erworben werden konnten. Nach der vom Erstgericht vertretenen Ansicht würde auch in diesem Fall ein mittelbares Halten durch die AvW Invest AG vorliegen, weil das Erstgericht nur darauf abstelle, dass Gesellschaftsvermögen der AvW Gruppe AG angeblich an die AvW Invest AG geflossen sei. Dabei übersehe das Erstgericht jedoch, dass die angeblichen Vermögensverschiebungen von der AvW Gruppe AG zur

AvW Invest AG nicht Kundengelder, sondern Gesellschaftsvermögen betroffen haben.

Die Beklagte hafte auch nicht für die Vortäuschung eines Rückverkaufsrechtes der Genussscheininhaber. Hier komme allenfalls ein Anspruch aus Fehlberatung in Frage, für den die Beklagte nicht einzustehen habe.

Dazu war Folgendes zu erwägen:

Zunächst ist der Berufungswerberin zuzustimmen, dass der Oberste Gerichtshof in der in einem Parallelverfahren ergangenen Entscheidung 1 Ob 242/12p bei einem gleich gelagerten Sachverhalt mit obiger Begründung eine Haftung der Beklagten für die von der AvW Gruppe AG emittierten und von der AvW Invest AG vermittelten Genussscheine verneint hat.

Auch Univ. Prof. Dr. Christian Rabl lehnte in ÖBA 2014, 838, einen Anspruch der AvW-Genussscheininhaber gegen die Anlegerentschädigungseinrichtung mit der Begründung ab, es liege kein konzessionwidriges Halten fremder Gelder oder Finanzinstrumente vor, sodass es an einer wesentlichen Tatbestandsvoraussetzung des § 75 Abs 3 WAG 2007 fehle.

Diese Argumentation war insofern konsequent, als § 75 Abs 3 letzter Satz WAG 2007 (iVm § 93 Abs 5 Z 10 BWG) sowohl Schuldverschreibungen, wie die hier vorliegenden Genussscheine, als auch Bestandteile des Eigenkapitals der Wertpapierfirma von der Entschädigungspflicht ausnimmt.

Allerdings wurden mit der Änderung des WAG 2007 durch BGBI I 39/2009 nach § 75 Abs 5 WAG die Absätze 6 bis 9 angefügt und sind seither nach § 75 Abs 6 WAG Wertpapierfirmen verpflichtet, ihre Privatkunden spätestens bei Vertragsabschluss darauf hinzuweisen, wenn sie in

ihre Geschäftstätigkeit mit den Kunden "Eigenprodukte" einbeziehen; als Eigenprodukte gelten dabei all jene Finanzinstrumente, deren Vertrieb für die Wertpapierfirma, für ein mit dieser verbundenes Unternehmen oder für eine relevante Person dieser Wertpapierfirma einen über das Entgelt für die Wertpapierdienstleistungen hinausgehenden direkten und indirekten wirtschaftlichen Vorteil zur Folge hat.

Wenngleich diese Bestimmung für den hier relevanten Sachverhalt nicht maßgeblich ist, weil sie erst später in Kraft getreten ist, ist sie insofern beachtlich, als nach dem Willen des Gesetzgebers damit nicht die Haftung der Entschädigungseinrichtung erweitert, sondern nur klargestellt werden sollte, dass diese ausdrückliche Informationspflicht gegenüber Kunden bei Vertrieb von Eigenprodukten dem damit verbundenen Risiko entgegenwirken soll. Zum einen scheine schon die bestmögliche Wahrung der Kundeninteressen fraglich und müsste besonders nachgewiesen werden, auch werde die Abgrenzung von Ansprüchen des Anlegers im Verlustfall stark erschwert. Insbesondere könne es in diesem Zusammenhang zu indirekten Umgehungen des Verbotes der Entgegennahme von Kundengeldern bekommen (Erläut. Bem. zu BGBl I 39/2009, BlgNR 48 GP 24).

Genau dies ist im vorliegenden Fall geschehen. Mit der Vermittlung der von der AvW Gruppe AG emittierten Genussscheine wurden die dafür vereinnahmten Kundengelder in deren Gesellschaftsvermögen übergeführt, sodass es aufgrund der beherrschenden 75 %-igen Beteiligung dieser Gesellschaft mittelbar auch zu einem Halten der Kundengelder durch die AvW Invest AG kam.

Außerdem wurde in den nachfolgenden Entscheidungen des OGH zur hier interessierenden Frage der Entschädi-

gungsansprüche von AvW-Genussscheininhabern ausgeführt, dass der Ausschluss in § 75 Abs 3 letzter Satz WAG für Schuldscheine und Bestandteile des Eigenkapitals der Wertpapierfirma nicht in Einklang stehe mit den Bestimmungen der Anlegerentschädigungs-Richtlinie (97/9/EG), welche die entgegenstehenden innerstaatlichen Normen verdränge. Die Beklagte könne ihre Haftung für Schuldscheine und Bestandteile des Eigenkapitals daher nicht unter Hinweis auf § 75 Abs 3 letzter Satz WAG (iVm § 93 Abs 5 Z 10 BWG) ausschließen.

Demgemäß ist der OGH in seinen späteren Entscheidungen von der Rechtsansicht des ersten Senates abgegangen und hat folgende Rechtsgrundsätze aufgestellt:

- Schuldverschreibungen, so auch die hier vorliegenden Genussscheine, sind von der Anlegerentschädigung nicht ausgenommen;

- der Eigenkapitalcharakter der Genussscheine steht der Entschädigungspflicht nach § 75 Abs 3 WAG 2007 nicht entgegen;

- unabhängig von der Frage, ob die Inhaber der Genussscheine der Emittentin als deren Gesellschafter zu behandeln sind, können Sie bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen nach § 75 WAG 2007 die Beklagte ungeachtet des Verbots der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG in Anspruch nehmen.

Im vorliegenden Verfahren ist unstrittig, dass die AvW Gruppe AG durchgehend seit 2001 eine ca. 75 %-ige Beteiligung an der AvW Invest AG hielt und damit als deren Muttergesellschaft einen beherrschenden Einfluss auf sie ausübte, was bedeutet, dass die für die von der AvW Gruppe AG emittierten Genussscheine bezahlten Kundengelder mittelbar auch der AvW Invest AG zugewendet

wurden.

Es liegen somit sämtliche Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten nach § 75 Abs 3 WAG vor.

Unzutreffend ist die Argumentation der Berufung, diese Rechtsansicht führte dazu, dass auch bei einem Erwerb der Genussscheine über die Börse ein Entschädigungsanspruch bestehe. Im Falle eines Ankaufs von Genussscheinen über die Börse fehlt eine wesentliche Voraussetzung für eine Haftung der Beklagten, nämlich das Vorliegen einer Wertpapierdienstleistung. Nur Forderungen aus Wertpapierdienstleistungen können einen Anspruch nach § 75 Abs 3 WAG 2007 begründen, sodass die - hier vorliegende - Vermittlungstätigkeit der AvW Invest AG für die Berechtigung des Entschädigungsanspruchs ausschlaggebend war.

Die Berufung bleibt damit erfolglos.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Die Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig, weil zur hier relevanten, auch für zahlreiche ähnlich gelagerte Sachverhalte entscheidenden Rechtsfrage zum Umfang der Entschädigungspflicht der Beklagten für AvW-Genussscheininhaber noch keine gesicherte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes vorliegt. In der bereits erwähnten Entscheidung 1 Ob 242/12p in einem gleichgelagerten Verfahren kam der Oberste Gerichtshof zum Ergebnis, dass dann, wenn dem Anleger die Verfügungsmacht über die von ihm erworbenen Wertpapiere dadurch verschafft wird, dass sie für ihn von einer Depotbank verwahrt werden und nicht behauptet wird, dass für den Anleger auf die Papiere kein (alleiniger) Zugriff besteht oder bestanden hat, sondern nur ein Ausgleich für den Wertverlust angestrebt wird und gleichzeitig feststeht, dass der

Erwerbspreis der Wertpapiere dem Emittenten zugekommen ist, keine Rede von einer Pflicht zur Zurückzahlung oder Zurückgabe im Sinn des § 75 Abs 3 WAG 2007 sein kann. Man könnte daher die Ansicht vertreten, dass eine Haftung der Beklagten nicht besteht, weil hier das von der Klägerin für die Genussscheine bezahlte Geld zumindest zunächst der emittierenden AvW Gruppe AG zu Gute kam und ab der damit erfolgten Erfüllung des Vermittlungsauftrages durch die AvW Invest AG nicht mehr als „**Kundengeld**“ im Verfügungsbereich der Vermittlerin oder der Emittentin, das konzessionswidrig hätte gehalten werden können, bezeichnet werden kann. Für eine Haftung der Beklagten bestünde dann keine Grundlage.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 16, am 30. März 2015

Dr. Eduard Strauss
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG