



→ In Kürze

Mit der überwiegenden Lit lehnt auch der Autor die Qualifikation einer Verbraucherorganisation als Rechtsfreund iSd § 879 Abs 2 Z 2 ABGB ab. Ebenso wenig ist die Abtretung von Ansprüchen an eine Verbraucherorganisation im Rahmen einer Sammelklage (oder eines Musterprozesses) ein An-sich-Lösen der Streitsache. Daran ändert auch die Einschaltung eines Prozessfinanzierers gegen Erfolgsbeteiligung nichts. Gegen die überwiegende Lit hält der Autor auch den Prozessfinanzierer für keinen Rechtsfreund iSd leg cit. Wäre dessen Qualifikation als Rechtsfreund zu bejahen, so wäre eine quota litis-Vereinbarung unter bestimmten Voraussetzungen dennoch zulässig.

→ Zum Thema

Über den Autor:

RA Dr. Alexander Klausner ist Partner bei Brauneis Klausner Prändl Rechtsanwälte GmbH, Wien (www.bkp.at), und Lehrbeauftragter am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien.

Vom selben Autor erschienen:

*Klausner/Kodek, JN-ZPO*¹⁷ (2012).

Kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Genussrechtsinhabern in der Insolvenz

1 Ob 34/13a als Grundsatzentscheidung über die insolvenzrechtliche Qualifikation kapitalmarktrechtlicher Ansprüche?

Der 1. Senat¹⁾ wurde jüngst erstmals mit der Frage nach der Behandlung kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der Emittentin konfrontiert. Konkret ging es aber nicht um Ansprüche von Gesellschaftern, sondern von Genussrechtsinhabern, deren – mE für vorliegenden Fall entscheidungserhebliche – Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital spätestens seit Einführung des EKEG überaus umstritten ist. Der OGH verneinte bereits das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage und bestätigte die vom Berufungsgericht angenommene Gleichrangigkeit der geltend gemachten Ansprüche ohne eingehende Problemauseinandersetzung. Der vorliegende Beitrag geht den aufgeworfenen Fragen anhand der konkreten Fallgestaltung nach.

Von Martin Trenker

A. Einleitung

Die Entscheidung über die insolvenzrechtliche Behandlung der Ansprüche geschädigter AvW-Anleger war seitens der Fachöffentlichkeit bereits gespannt erwartet worden. Hintergrund war die Emission von Genuss-scheinen durch die mittlerweile insolvente AvW-Gruppe. Im Zuge des Vertriebs der Wertpapiere kam es zu Falschinformationen seitens des Vorstandsvorsitzenden und Mehrheitsaktionärs der Emittentin. Dieser wurde hierfür mittlerweile strafrechtlich verurteilt. Die Klägerin beehrte den ihr als getäuschter Anlegerin entstandenen Vermögensverlust aus dem Titel des Schadenersatzes wegen Schutzgesetzverletzung (§ 48 a BörseG iVm § 1311 ABGB²⁾) und der Arglistanfechtung (§ 874 ABGB).

Während der Bestand der Forderung im Revisionsverfahren nach den richtungsweisenden E 7 Ob 77/10i³⁾ und 6 Ob 28/12d⁴⁾, in denen der OGH den Vor-

rang der Prospekthaftung vor den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen der Kapitalerhaltung und der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft postuliert hatte, weder dem Grund noch der Höhe nach strittig war, relevierte der beklagte Masseverwalter deren Nachrangigkeit in der Insolvenz der emittierenden AG, offenbar in Analogie zu § 57 a IO. Trotz Zulassung der ordentlichen Revision durch das Berufungsgericht erkannte der OGH darin keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung gem § 502 ZPO und wies die Revision zurück.

1) OGH 1 Ob 34/13a.

2) Der Schutzgesetzcharakter wird von der hM bejaht, RIS-Justiz RS0127724; *Rüffler*, Kapitalmarktrechtliche Informations- und Verhaltenspflichten als Schutzgesetze? GES 2010, 113; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht I (2005) § 14 Rz 53 uam; aA zB *Harrer*, Zivilrechtliche Irritationen im Kapitalmarktrecht, ZFR 2011, 9 (11 f).

3) OGH 7 Ob 77/10i GesRZ 2011, 251 (*Dirgger*).

4) OGH 6 Ob 28/12d GesRZ 2012, 252 (*F. Schuhmacher*).

VbR 2013/6

§ 7 ABGB;
§ 48 a BörseG;
§§ 51, 57 a IO;
§§ 10, 14 EKEG;
§ 11 KMG;
§§ 179 ff UGB;
§§ 502,
506 Abs 1 Z 5,
§ 506 Abs 2 ZPO
OGH 21. 5. 2013,
1 Ob 34/13a;
15. 3. 2012,
6 Ob 28/12d;
30. 3. 2011,
7 Ob 77/10i

Genussrecht;
Nachrangigkeit
kapitalmarkt-
rechtlicher
Ansprüche;
materielles
Eigenkapital;
erhebliche
Rechtsfrage;
iura novit curia

B. Erhebliche Rechtsfrage und der Grundsatz *iura novit curia*

Wie noch zu zeigen sein wird (unten D.), ist dem OGH zwar im Ergebnis darin zuzustimmen, dass die konkret geltend gemachten Ansprüche nicht nachrangig sind. Die Zurückweisung der ordentlichen Revision befremdet indes insofern, als die mangelnde Erheblichkeit⁵⁾ der Rechtsfrage damit begründet wird, dass die Revisionswerberin „eine Auseinandersetzung mit den für das angestrebte Ergebnis allenfalls fruchtbar zu machenden Gesetzesbestimmungen“ verabsäumt habe und ihr insbesondere die Darlegung nicht gelungen sei, „aus welchen Erwägungen allenfalls eine Analogie zu konkreten Normen in Betracht käme, die diese Rechtsfolge vorsehen“. Der OGH stützt sich dabei auf jene Rsp-Linie, wonach trotz Fehlens ausdrücklicher Rsp keine erhebliche Rechtsfrage vorliegt, wenn das Gesetz selbst eine klare, also eindeutige Regelung trifft⁶⁾ und der Revisionswerber diesfalls nachvollziehbar darzulegen hat, warum eine sinnngemäße Anwendung einer zweifellos nicht unmittelbar anzuwendenden Norm geboten sei.⁷⁾

Ob und inwieweit die Zurückweisung im konkreten Fall berechtigt war, lässt sich mangels Kenntnis der Revision an dieser Stelle zwar nicht beurteilen. Der Rechtssatz des OGH erweckt aber den bedenklichen Anschein, dass den (ordentlichen) Revisionswerber eine Art „Beweislast“ für das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage trafe, sofern sich seine Rechtsansicht nicht auf bloße Gesetzesauslegung, sondern auf ergänzende Rechtsfortbildung⁸⁾, also Lückenfüllung durch Analogie oder teleologische Reduktion, stützt. Dies widerspricht zunächst § 506 Abs 1 Z 5 ZPO, aus dem sich e contrario ableiten lässt, dass in einer ordentlichen Revision die Erheblichkeit einer Rechtsfrage nicht zu begründen ist.⁹⁾ Ferner ist der Unterschied zwischen Rechtsauslegung und ergänzender Rechtsfortbildung anerkanntermaßen kein prinzipieller, sondern nur ein gradueller.¹⁰⁾ Auch durch Lückenfüllung begründete Rechtssätze zählen zum Bestand unserer Rechtsordnung, wie sich zwanglos aus § 7 ABGB ergibt. Eine Obliegenheit des Revisionswerbers, einen Analogieschluss detailliert begründen zu müssen, stünde daher in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz *da mihi factum, dabo tibi ius* bzw. *iura novit curia*.¹¹⁾

Eine solche Anforderung geht auch nicht aus § 506 Abs 2 ZPO hervor. Danach hat ein Revisionswerber bei der Geltendmachung einer Rechtsrüge „ohne Weitläufigkeiten darzulegen, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache unrichtig erscheint“. Daraus resultiert zwar die Unzulässigkeit von „Leerformeln“, des pauschalen Vorwurfs der Unrichtigkeit des angefochtenen Urteils¹²⁾ oder des bloßen Verweises auf eine frühere Entscheidung.¹³⁾ Dagegen ist es mE eine ausreichende Darlegung einer allfälligen unrichtigen rechtlichen Beurteilung, wenn ein Revisionswerber die seines Erachtens unmittelbar oder analog anzuwendende Norm konkret anführt, welche die gewünschte Rechtsfolge anordnet. Denn dadurch wird klar aufgezeigt, aus welchem Grund die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts, das die betreffende Norm eben nicht anwandte, unrichtig erscheint.¹⁴⁾ Je-

denfalls bei der ordentlichen Revision muss dies auch für die rechtlichen Ausführungen zur Erheblichkeit einer Rechtsfrage genügen.

Andernfalls wären Konstellationen denkbar, die sich mit der Zwecksetzung von § 502 ZPO, für Rechtssicherheit und -einheit zu sorgen, kaum vereinbaren lassen: Insb könnten zwei höchstrichterliche Verfahren zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen führen, obwohl dieselbe Rechtsfrage betroffen ist und vom Revisionswerber auch releviert wird, je nachdem, ob dieser sich auf eine Analogie nur stützt oder deren Berechtigung auch substantiiert begründet. Dementsprechend dürfte auch hinsichtlich der konkreten Frage nach der analogen Anwendung von § 57 a IO auf kapitalmarktrechtliche Ansprüche uU das letzte Wort noch nicht gesprochen sein, was im Interesse der Rechtssicherheit bedauerlich, aus inhaltlicher Sichtweise mE freilich begrüßenswert ist (unten C.). Schließlich ist zu bedenken, dass die Ansicht des OGH zu kaum zu bewältigenden Abgrenzungsproblemen führt, wann eine ausreichende Darlegung gelungen ist.

Der OGH geht freilich zutreffend davon aus, dass ein im Gesetz unzweifelhaft geregelter Fall trotz Fehlens einschlägiger Rsp keine erhebliche Rechtsfrage darstellt.¹⁵⁾ Dies trifft aber nur zu, wenn unter Heranziehung der gem § 7 ABGB gebotenen Lückenfüllung kein Zweifel an der Rechtslage besteht. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt indes nicht von der Qualität der Revision ab. *In casu* war dies mE auch nicht der Fall: Abgesehen davon, dass der Autor dieses Beitrags jüngst für eine Nachrangigkeit gewisser kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in Analogie zu § 57 a IO eingetreten ist,¹⁶⁾ spricht für eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 ZPO ein obiter dictum des 6. Senats¹⁷⁾: Danach sei mit der Bejahung der Haftung einer Kapitalgesellschaft für Verstöße gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften noch nichts über den Rang der daraus resultierenden Ansprüche im Insolvenzfall ausgesagt. Wäre die Frage tatsächlich derart eindeutig, wie vom 1. Senat dargestellt, ist mehr als fraglich, warum der 6. Senat dieses – nicht entscheidungsrelevante – Thema dann überhaupt angesprochen hat. Dass die für die teilweise be-

5) Allg ausf dazu *Danzl*, „Erhebliche Rechtsfrage“ und „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“, in FS Griss (2011) 95 (107 ff).

6) RIS-Justiz RS0042656.

7) So OGH 9 Ob 110/04 y.

8) Zur Terminologie vgl *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff⁶ (1991) 472.

9) Zutr OGH 3 Ob 33/03 d.

10) *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1956) 255; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 367 mwN.

11) Vgl dazu allgemein *Buchegger*, Der Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, ÖJZ 1983, 645 (652); *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III² (2004) Vor §§ 226 ff ZPO Rz 33; OGH 2 Ob 235/05 f EvBl 2006/38, 207; s auch *Sprung/König*, *iura novit curia* und rechtliches Gehör, JBl 1976, 1.

12) *Zechner* in *Fasching/Konecny* IV/1² (2005) § 506 ZPO Rz 22.

13) OGH 5 Ob 538/76 RZ 1977/50.

14) Vgl zu diesem Erfordernis RIS-Justiz RS0043605.

15) Zutr RIS-Justiz RS0042656; vgl auch *Geroldinger*, Der Zugang zum OGH in Zivilsachen, in *G. Kodek*, Zugang zum OGH (2012) 65 (69) mwN.

16) *Trenker*, Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der emittierenden AG, ÖBA 2013, 187.

17) OGH 6 Ob 28/12 d GesRZ 2012, 252 (255 f) (*F. Schuhmacher*) Entscheidungsgrund 6.2.

fürwortete Nachrangigkeit angeführten Verweise aus Deutschland zum Großteil¹⁸⁾ nur Vorschläge de lege ferenda darstellen, ändert daran nur wenig. Nicht zu verschweigen ist zwar, dass sich *Rüffler*¹⁹⁾ und *Told*²⁰⁾ gegen einen derartigen Analogieschluss wenden. Die intensive Auseinandersetzung mit der Problematik indiziert aber ebenfalls, dass es sich – in der Diktion des EuGH zur Vorlagepflicht gem Art 267 AEUV²¹⁾ – um keinen „acte claire“ handelt.

C. Keine Nachrangigkeit kapitalmarkt-rechtlicher Ansprüche von Fremdkapitalgebern

Tatsächlich war die Frage nach einer Analogie zu § 57 a IO aber gar nicht entscheidungswesentlich. Denn der vorliegende Sachverhalt wies ohnehin nicht jenes wesentliche Element auf, das die mE grundsätzlich zu befürwortende Analogie rechtfertigt, nämlich dass der Schaden aus einer Beteiligung als Eigenkapitalgeber resultiert sein muss.

Ohne die bereits an anderer Stelle²²⁾ ausgeführte Begründung für den Analogieschluss in diesem Rahmen wiederholen zu wollen, ist Folgendes hervorzuheben: Die Nachrangigkeit von Ansprüchen aus eigenkapitalersetzenden Darlehen gem § 57 a IO beruht auf der Prämisse, dass die erfassten Gesellschafter in der Krise der Kapitalgesellschaft ex lege eine gewisse Finanzierungsverantwortung trifft,²³⁾ die es rechtfertigt, ihre Ansprüche aus Fremdkapital in der Insolvenz der Emittentin hinter jenen von herkömmlichen Drittgläubigern einzuordnen.

Übernimmt ein Anleger aber diese Verantwortung freiwillig, indem er eine Stellung als Gesellschafter übernimmt und somit Eigenkapital gewährt, begründet dies – erst recht – eine geringere Schutzwürdigkeit gegenüber sonstigen Drittgläubigern. Insofern handelt es sich methodisch mE sogar um einen als Unterfall der Analogie anerkannten Größenschluss.²⁴⁾ Da die Finanzierungsverantwortung in diesem Fall freiwillig übernommen wurde und es hierzu keiner gesetzlichen „Umdeutung“ bedarf, schlägt auch der Einwand²⁵⁾ nicht durch, dass eine Analogie jedenfalls auf qualifizierte Gesellschafter iSd § 5 EKEG zu beschränken wäre.

An diesem Befund ändert die Tatsache nichts, dass es sich rechtstechnisch um einen Schadenersatzanspruch handelt. Da dieser aus dem Erwerb der Beteiligung resultiert, führte der Ersatzanspruch nämlich unmittelbar zum anteiligen Rückersatz des Stammkapitals der Gesellschaft. Dieses unterliegt dem Vertrauensschutz der Gläubiger, der in ganz besonderer Maße auch die berechtigte Erwartung der insolvenzrechtlichen Nachrangigkeit von Eigenkapitalgebern umfasst.²⁶⁾ Ganz idS hat der OGH – freilich vor den Grundsatzentscheidungen 7 Ob 77/10i und 6 Ob 28/12d – die Nachrangigkeit von Schadenersatzansprüchen von atypisch stillen Gesellschaftern ausgesprochen, die der OGH als Eigenkapitalgeber qualifizierte.²⁷⁾

Der höheren Schutzwürdigkeit der „echten“ Drittgläubiger tut es auch keinen Abbruch, dass die Anlageentscheidung der Eigenkapitalgeber durch eine rechtswidrige und schuldhaftige Handlung der Emittentin her-

beigeführt wurde. Denn durch die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist anerkannt, dass auch irreführende Eigenkapitalgeber hinter den Gläubigerinteressen zurückzutreten haben. Dass diesem Grundsatz bei kapitalmarktrechtlichen Ansprüchen während aufrechter Geschäftstätigkeit wegen der gesetzgeberischen Entscheidung in § 11 KMG „derogiert“ wurde, besagt noch nichts über deren insolvenzrechtliche Behandlung. Denn in dieser Konstellation verlangen die für den Vorrang der Prospekthaftung anzuführenden Argumente mE nicht mehr in gleicher Weise; vielmehr ist der erhöhten Schutzwürdigkeit der Drittgläubiger in besonderer Weise Rechnung zu tragen.²⁸⁾

Aus alledem folgt aber auch nach der hier vertretenen Auffassung, dass kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Fremdkapitalgebern keinesfalls der analogen Anwendung von § 57 a IO unterliegen.²⁹⁾ Entscheidungsgegenstand in 1 Ob 34/13 a waren Ansprüche von Genussrechtinhabern. Die Frage nach der insolvenzrechtlichen Qualifikation kapitalmarktrechtlicher Ansprüche wäre daher ohnedies nur für den Fall präjudiziell, dass die betroffenen Genussrechte als Eigenkapital zu qualifizieren gewesen wären. Spätestens seit der Einführung des EKEG ist allerdings auch die Frage nach der Eigenkapitalqualität von hybriden Finanzinstrumenten hochumstritten³⁰⁾ und mE von erheblicher Bedeutung iSd § 502 ZPO.

D. Fremdkapitalcharakter von Genussrechten

Genussrechte werden von der hA als schuldrechtliche Ansprüche auf aktionärstypische Vermögensrechte definiert, wenngleich in der Praxis unterschiedlichste Ausgestaltungen anzutreffen sind.³¹⁾ Besondere Probleme bereitet die Abgrenzung von Genussrechten und (atypisch) stillen Beteiligungen, weshalb oftmals eine (analoge³²⁾) Anwendung der §§ 179 ff UGB auf Ge-

18) Dies gilt allerdings jedenfalls nicht für *Langenbacher*, Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung, ZIP 2005, 239 (244); nicht eindeutig *Baums*, Haftung wegen Falschinformation des Sekundärmarktes, ZHR 167 (2003) 139 (170).

19) *Rüffler*, Haftung für Kapitalmarktinformation nach OGH 7 Ob 77/10i, in *Kalss/U. Torggler*, Kapitalmarkthaftung und Gesellschaftsrecht (2013) 1 (8f).

20) *Told*, Noch offene Fragen zur Geltendmachung von Prospekthaftungsansprüchen nach 6 Ob 28/12d? GES 2012, 333 (335 ff).

21) Vgl EuGH 6. 10. 1982, C-283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Rz 16 (21); 15. 9. 2005, C-495/03, *Intermodal Transports*.

22) *Trenker*, ÖBA 2013, 187.

23) ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9; OGH 8 Ob 9/91 wbl 1991, 398 (Ostheim).

24) Siehe nur *F. Bydlinski in Rummel*, ABGB I³ (2000) § 7 Rz 3 (6).

25) So *Rüffler in Kalss/U. Torggler* 1 (8); *Told*, GES 2012, 333 (336).

26) Vgl überzeugend *Slain/Kripke*, The Interface between Securities Regulation and Bankruptcy – Allocating the Risk of Illegal Securities between Securityholders and the Issuer's Creditors, 48 N.Y.U.L.Rev (1973) 261 (288 ff), zum US-amerikanischen Recht.

27) Dazu noch unten D.

28) *Ausf Trenker*, ÖBA 2013, 187 (189f); *aA Rüffler in Kalss/U. Torggler* 1 (8).

29) Ausdrücklich *Trenker*, ÖBA 2013, 187 (191); vgl auch *Baums*, ZHR 167 (2003) 139 (170).

30) Vgl bei und in FN 39f.

31) *Schopper*, Genussrechte und EKEG, ZUS 2011, 107; *Lindinger*, Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, JBl 2003, 728f; *ausf van Husen*, Genußrechte – Genußscheine – Partizipationskapital (1998) 115 ff (insb 123 ff).

32) Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass – abhängig von der konkreten Ausgestaltung – Genussrechte trotz ihrer Bezeichnung nichts anderes als stille Gesellschaften sein können, zB *Hochedlinger* in

nussrechte zu befürworten ist.³³⁾ Dies ist für vorliegenden Fall deshalb von Bedeutung, weil nach stRsp vor³⁴⁾ dem EKEG die Einlage eines stillen Gesellschafters uU als materielles Eigenkapital oder zumindest als eigenkapitalersetzend – eine klare Differenzierung fehlt bedauerlicherweise³⁵⁾ – eingestuft wurde.³⁶⁾ Voraussetzung war eine insofern atypische Beteiligung, als der Stille aufgrund seiner Beteiligung am Firmenwert und an den stillen Reserven des Unternehmens in steuerlicher Hinsicht als Mitunternehmer zu qualifizieren war. Es wäre dementsprechend denkbar, dass auch die AvW-Genussrechte des geschädigten Anlegers als materielles Eigenkapital zu qualifizieren wären, was nach der hier vertretenen Ansicht deren Nachrangigkeit zur Folge hätte (oben C.).³⁷⁾

Trotz der Beteiligung der gegenständlichen Genussscheine am Liquidationserlös, am Firmenwert und an den stillen Reserven handelt es sich aber um Fremdkapital. Die dargestellte Rsp zum atypisch stillen Gesellschafter wurde nämlich mE³⁸⁾ entgegen hA³⁹⁾ mit der Regelung des EKEG überholt.⁴⁰⁾ Das EKEG bezweckte im Interesse der Rechtssicherheit eine abschließende Regelung,⁴¹⁾ die einer darüber hinausgehenden gesetzlichen Umqualifikation von Fremd- in Eigenkapital entgegensteht.⁴²⁾ Die Beibehaltung der bisherigen Anknüpfung an die Beteiligung am Firmenwert und an den stillen Reserven führte umgekehrt zu groben Wertungswidersprüchen. Denn ein atypisch stiller Gesellschafter wäre diesfalls ungeachtet der Höhe seiner Beteiligung in der Insolvenz sogar nachrangig gegenüber einem Gesellschafter iSd § 10 Abs 2 EKEG. Dieser muss aber zu 25% am Unternehmenswert (dh, ausweislich der Materialien nichts anderes als am Firmenwert und an den stillen Reserven⁴³⁾) beteiligt sein und darüber hinaus sogar einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte innehaben. Die von Karollus⁴⁴⁾ angeführte Rechtfertigung, dass der „§-10-Gesellschafter“ dafür durch die Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG schlechter gestellt würde, die bereits ab Eintritt der Krise, also vor Insolvenzeröffnung, einsetzt, überzeugt mE wenig: Wäre eine atypisch stille Einlage tatsächlich materielles Eigenkapital, müssten konsequenterweise hierfür nämlich noch viel weitergehende Ausschüttungssperren, etwa gem § 82 GmbHG/§ 52 AktG analog, eingreifen.⁴⁵⁾

Da die streitgegenständlichen Genussrechte nicht den Anforderungen von § 10 Abs 2 EKEG entsprechen und eine gesetzliche Umqualifikation sohin ausscheidet, wäre eine Nachrangigkeit lediglich aufgrund entsprechender Vereinbarung denkbar.⁴⁶⁾ Dies setzt freilich eine ausdrückliche oder konkludente Rangrücktrittsvereinbarung voraus.⁴⁷⁾ Auf Basis der Feststellungen des OGH und des Berufungsgerichts⁴⁸⁾ ergeben sich für die gegenständlichen AvW-Genussrechte aber dafür keine ausreichenden Anhaltspunkte. Allein aus der Beteiligung am Unternehmenswert ist ein derartiger Parteiwille keinesfalls abzuleiten, wie sich wiederum aus der Wertung von § 10 Abs 2 EKEG ergibt. Wesentlich gegen die Einstufung als nachrangiges Eigenkapital spricht konkret die Vereinbarung eines jährlichen Rückkaufsrechts der Emittentin zum jeweiligen Kurswert. Ob diese Klausel, wie vom Insolvenzverwalter releviert, ohnehin gem § 879 Abs 3 ABGB unzulässig ist, ändert nichts daran, dass aus ihr der maßgebliche Par-

teiwille erhellt, dass kein materielles Eigenkapital vereinbart werden sollte.

E. Zusammenfassung

Die AvW-Genussrechte sind aufgrund der Wertung von § 10 Abs 2 EKEG und mangels gegenteiliger Vereinbarung trotz der Partizipation am Unternehmenswert als Fremdkapital einzustufen. Die Frage, ob kapitalmarktrechtliche Ansprüche in der Insolvenz der Emittentin nachrangig gem § 57 a IO analog sind, war daher gar nicht entscheidungserheblich. Dem OGH ist somit im Ergebnis darin zuzustimmen, dass die geltend gemachten Ansprüche als Insolvenzforderung gem § 51 IO einzustufen waren. Aus prozessualer Sicht ist jedoch der der Zurückweisung zugrunde gelegte Rechtssatz abzulehnen, dass ein (ordentlicher) Revisionswerber, der sich auf eine Bestimmung stützt, deren Anwendungsbereich nicht unmittelbar eröffnet ist, die maßgeblichen Erwägungen darzulegen habe, die für eine Analogie sprechen. Denn ergänzende Rechtsfortbildung unterscheidet sich nicht qualitativ von der Gesetzesauslegung, sodass die Beurteilung, ob eine Rechtsfortbildung geboten ist, nach dem Grundsatz *iura novit curia* dem OGH obliegt, sofern sich der Revisionswer-

Jabornegg/Artmann, UGB I² (2010) § 179 Rz 10 mwN; *Krejci/van Husen*, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54 (60f).

- 33) *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (60f), die einer Differenzierung insgesamt krit gegenüberstehen; *Lindinger*, JBl 2003, 728ff; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I² (2010) § 174 Rz 32 mwN; vgl konkret zum EKEG *Schopper*, ZUS 2011, 107ff.
- 34) OGH 10 Ob 73/04i EvBl 2005/118, ist zwar nach Inkrafttreten des EKEG ergangen. Die ausschlaggebende (zB *Vogt* in *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz [2003] § 18 Rz 1) Kapitalüberlassung fand aber vor dem 1. 1. 2004 statt.
- 35) Daher zu Recht krit *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument (2001) 220ff.
- 36) RIS-Justiz RS0075202; OGH 8 Ob 4, 5/95 SZ 68/176; 8 Obs 2107/96b SZ 69/208 uam.
- 37) Konsequenterweise wären auch Ansprüche, die aus der Gewährung eigenkapitalersetzender Leistungen resultieren, nachrangig gem § 57 a IO analog.
- 38) Ausf *Trenker*, Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126 (131f); *Trenker* in *U. Torggler*, UGB (2013) § 187 Rz 5.
- 39) *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband § 10 EKEG Rz 23; *Oberndorfer*, Zur Zulässigkeit einer Abfindungsgarantie eines atypisch stillen Gesellschafters, RdW 2005, 476 (480); *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004) § 10 Rz 1 (9); *Enzinger*, Außergerichtliche Sanierung, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2004 (2005) 15 (28); *Saurer*, Atypische Finanzierungsleistungen im EKEG, in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatzrecht im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 144.
- 40) Ebenso *Hochedlinger*, Die GmbH & Still als Alternative zur GmbH & Co KG, in *GedS Arnold* (2011) 167 (187f); *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/976.
- 41) ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9; ebenso *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 18 Rz 3.
- 42) *Told*, GES 2012, 333ff.
- 43) ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 18.
- 44) *Karollus* in *Buchegger*, Insolvenzrecht § 10 EKEG Rz 23.
- 45) Insoweit konsequent *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 419f; vgl auch OGH 10 Ob 73/04i EvBl 2005/118.
- 46) Vgl OGH 8 Ob 296/01i GesRZ 2002, 146; *Told*, GES 2012, 333f; *Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 187 Rz 4f; s auch bereits *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 29 aE.
- 47) *Hochedlinger* in *GedS Arnold* 167 (193); *A. Leitner*, Stille Gesellschaft und Eigenkapitalersatz, *ecolex* 1999, 399; ausf dazu *Schumacher* in *Bartsch/Pollack/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 67 Rz 109.
- 48) OLG Graz 2 R 176/12p (abrufbar unter http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/OLG_Graz_15.11.2012_2_R_176_12p.pdf [Stand: 12. 7. 2013]).

ber nur erkennbar auf die entsprechende Bestimmung stützt (§ 506 Abs 2 ZPO). Mangels näherer inhaltlicher Auseinandersetzung kann insofern wohl noch kaum

von einer Grundsatzentscheidung über die insolvenzrechtliche Qualifikation kapitalmarktrechtlicher Ansprüche gesprochen werden.

→ In Kürze

Der Autor teilt zwar das Ergebnis in 1 Ob 34/13 a, dass die gegenständlichen Ansprüche in der Insolvenz der Emittentin nicht nachrangig zu behandeln waren, leitet dies jedoch aus deren fehlender Ausgestaltung als Eigenkapital ab. Denn kapitalmarktrechtliche Ansprüche aus dem Erwerb einer Anlage können nachrangig gem § 57 a IO analog sein, allerdings nur bei geschädigten Eigenkapitalgebern. Abzulehnen ist der der Zurückweisung zugrunde gelegte Rechtssatz, wonach den Revisionswerber eine „Darlegungslast“ hinsichtlich der für eine Analogie sprechenden Erwägungen trifft.



→ Zum Thema

Über den Autor:

MMag. Dr. Martin Trenker ist Assistent am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren an der Universität Innsbruck. Kontaktadresse: Institut für Zivilgerichtliches Verfahren, Innrain 52, 6020 Innsbruck. Tel: +43 (0)512 507 81 58, E-Mail: martin.trenker@uibk.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012); Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der emittierenden AG, ÖBA 2013, 187; Die hypothetische Alternativveranlagung, ÖJZ 2013, 5; Der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz des Unternehmers, wbl 2011, 126.

Link:

http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/OLG_Graz_15.11.2012_2_R_176_12p.pdf

Rechtsprechung

Bearbeitet vom VKI

VbR 2013/7

§ 6 Abs 1 Z 2,
§ 6 Abs 3 KSchG;
§ 879 Abs 3
ABGB

OGH 11. 4. 2013,
1 Ob 210/12g

Erklärungsfiktion;
Zustimmungsfiktion;
AGB Banken

→ Leistungsänderung per Erklärungsfiktion

Eine Klausel, die es der Bank ermöglicht, Entgelte und Leistungsumfang ohne jede inhaltliche Schranke im Wege einer Zustimmungsfiktion zu ändern, verstößt gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.

Die Entscheidung:

Z 45 Abs 3 ABB 2009 lautet: „Über die vorstehenden Abs 1 oder 2 hinausgehende Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfanges sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Solche Änderungen werden 2 Monate nach Verständigung des Kunden über die vom Kreditinstitut gewünschte Änderung wirksam, sofern nicht bis dahin ein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Verständigung auf die jeweils gewünschte Änderung sowie darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen mit Fristablauf als Zustimmung gilt. Der Kunde hat das Recht, seinen Girokontovertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Das Kreditinstitut wird den Kunden anlässlich der Mitteilung der Änderung auf dieses Kündigungsrecht aufmerksam machen.“

Die bekl Bank hatte auf Basis dieser Klausel die Entgelte für Kontoführung und damit in Zusammenhang stehende Dienstleistungen bei Kreditverträgen erhöht, indem auf den Kontoauszügen eine entsprechende Mitteilung enthalten war.

Zur Zustimmungsfiktion

Vertragsänderungen per Erklärungsfiktion sind nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und § 29 ZaDiG nicht grundsätzlich verboten, die Klauseln unterliegen aber der Kontrolle nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.

dern, verstößt gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.

Z 45 Abs 3 ABB verstößt gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil der Umfang einer Änderung der Entgelte ebenso unbestimmt bleibt wie, welche Leistungen der Bank mit fingierter Zustimmung eingeschränkt werden können. Die uneingeschränkte Möglichkeit des AGB-Verwenders, das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung mittels Zustimmungsfiktion erheblich zu seinen Gunsten zu verschieben und die Position des Vertragspartners zu entwerten, ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Änderungsmitteilung

Die Umsetzung einer gesetzwidrig vereinbarten Zustimmungsfiktion durch Änderungsmitteilung auf den Kontoauszügen ist nicht rechtmäßig.

„Übergesetzliches“ Unterlassungsgebot

Der in § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG enthaltene Halbsatz „soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden sind“ muss nicht in das Unterlassungsbegehren aufgenommen werden, wenn der Unternehmer nicht darlegen kann, dass er die inkriminierte Klausel zulässigerweise im Verkehr mit Verbrauchern vereinbart haben könnte. Im vorliegenden Fall: keine Relevanz der unterschiedlichen zeitlichen Geltungsbereiche, weil sich die Gesetzwidrigkeit aus Bestimmungen ergibt, die im Zeitpunkt der erstmaligen Verwendung der Klausel 2009 schon in Kraft waren (hier: § 6 Abs 3 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB).