



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Lovrek, Dr. Höllwerth, Dr. Grohmann und Mag. Wurzer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei V***** Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Dr. Thomas Kustor und Dr. Friedrich Jergitsch, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei A***** Z***** AG, *****, vertreten durch Rechtsanwaltskanzlei Foglar-Deinhardstein KG in Wien, und den Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei 1. Dr. K*****, vertreten durch Berger Ettel Rechtsanwälte in Wien, und 2. MMag. Dr. K*****, vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 137.500 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. September 2013, GZ 2 R 36/13y-21, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 29. November 2012, GZ 23 Cg 104/11m-16, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.234,77 EUR bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung (darin enthalten 372,45 EUR USt) und dem ersten Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei die mit 2.234,77 EUR bestimmten Kosten von dessen Revisionsbeantwortung (darin enthalten 372,45 EUR USt) jeweils binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Klägerin ist eine im Firmenbuch des

Landesgerichts Feldkirch eingetragene Aktiengesellschaft und ein Kreditinstitut iSd § 1 Abs 1 BWG.

Die Beklagte ist eine im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragene Aktiengesellschaft, die bis einschließlich 16. 12. 2009 unter „C***** P***** Aktiengesellschaft“ und von 17. 12. 2009 bis einschließlich 11. 1. 2011 unter „A***** Z***** B***** AG“ firmierte. Seit 12. 1. 2011 lautet die Firma der Beklagten „A***** Z***** AG“. Die Beklagte war bis zur Niederlegung ihrer Konzession ein Kreditinstitut iSd § 1 Abs 1 BWG.

Die Beklagte begab ab 26. 4. 2006 eine Ergänzungskapital-Bankschuldverschreibung (im Folgenden immer: Ergänzungskapital) in Form einer Daueremission.

Am 26. 4. 2007 zeichnete die Klägerin Ergänzungskapital über 2 Mio EUR. Im Zeitpunkt der Zeichnung führte die Beklagte die Teilbetriebe Bank und Immobilien.

Der Zeichnung des Ergänzungskapitals lagen nachstehende Bedingungen mit folgendem, auszugsweise wiedergegebenem Wortlaut zugrunde:

”

§ 1

Form und Nennwert

1. Die C***** P***** Aktiengesellschaft (nachfolgend Bank) begibt die nachrangigen Ergänzungskapital-Bankschuldverschreibungen 2006-2016 (nachfolgend 'Bankschuldverschreibungen').

...

§ 2

Nachrangigkeit/Ergänzungskapital

1. Die Bankschuldverschreibungen sind Wertpapiere über eingezahltes Ergänzungskapital gemäß § 23 Abs 7 des Bankwesengesetzes, BGBl Nr 532/1993 ('BWG') und nachrangig

gemäß §§ 23 Abs 8 und 45 Abs 4 BWG.

2. Die Forderungen aus diesen Bankschuldverschreibungen sind gemäß § 23 Abs 7 und 8 BWG so vereinbart, dass

a. das eingezahlte Kapital der Bank bis einschließlich 26. April 2016 unter Verzicht auf die außerordentliche und ordentliche Kündigung seitens des Gläubigers zur Verfügung gestellt wird; seitens der Bank ist eine vorzeitige Kündigung nur nach Maßgabe des § 6 zulässig,

b. das eingezahlte Kapital nur verzinst werden darf, soweit die Zinsen im Jahresüberschuss (vor Rücklagenbewegungen) gedeckt sind, wobei keine Verpflichtung seitens der Bank besteht, unbezahlte Zinsen aus den Jahresüberschüssen der Folgejahre zu bedienen (keine Kumulierung der Zinszahlungsverpflichtung),

c. das eingezahlte Kapital vor Liquidation der Bank nur unter anteiligem Abzug der während der Laufzeit angefallenen Nettoverluste zurückgezahlt werden darf, das eingezahlte Kapital im Liquidations- oder Konkursfall der Bank erst nach Befriedigung der Forderungen der anderen nicht nachrangigen Gläubiger zurückzuzahlen ist

und

d. die Aufrechnung des Rückerstattungsanspruchs gegen Forderungen der Bank ausgeschlossen ist und für die Verbindlichkeiten keine vertraglichen Sicherheiten durch die Bank oder durch Dritte gestellt werden.

§ 3

Laufzeit

Die Laufzeit der Bankschuldverschreibungen beginnt am 26. April 2006 ('Verzinsungsbeginn') und endet vorbehaltlich einer Kündigung gemäß § 6 mit Ablauf des 25. April 2016.

§ 4

Verzinsung

1. Die Bankschuldverschreibungen werden vom 26. April 2006 bis inklusive 25. April 2016 in halbjährlichen Zinsperioden vom Nennwert verzinst, wobei halbjährlich (wie in Absatz 2 definiert) wie folgt abgegrenzt wird:

6-Monate-Euribor zuzüglich 1,20 % kaufmännisch gerundet auf das nächste 1/8 %, bei halbjährlicher Anpassung. Die Anpassung erfolgt am 26. April und am 6. Oktober (oder dem 1. Bankwerktag danach) eines jeden Jahres.

Zinsfestlegungstag ...

2. Zinsperiode bezeichnet den Zeitraum vom Verzinsungsbeginn (einschließlich) bis zum ersten Kupontermin (ausschließlich) bzw von jedem Kupontermin (einschließlich) bis zum nachfolgenden Kupontermin (ausschließlich).

...

§ 5

Tilgung

1. Die Bankschuldverschreibungen werden vorbehaltlich einer Kündigung gemäß § 6 am 26. April 2016 zum Nennwert unter Berücksichtigung des § 2 dieser Bedingungen zur Rückzahlung fällig.

§ 6

Kündigung

Die Inhaber der Bankschuldverschreibungen sind nicht berechtigt, die Bankschuldverschreibungen zu kündigen. Die Bank hat das Recht die Bankschuldverschreibungen nach einer Laufzeit von 7 Jahren, das ist erstmals zum 26. April 2013, danach jederzeit zum jeweiligen Kupontermin zu kündigen.

...

§ 9

Teilnichtigkeit

Sollten irgendwelche Bestimmungen dieser Bedingungen ganz oder teilweise rechtsunwirksam sein oder werden, so bleiben die übrigen Bestimmungen dieser Bedingungen in Kraft. Unwirksame Bestimmungen sind dem Sinn und Zweck dieser Vereinbarung entsprechend durch wirksame Bestimmungen zu ersetzen, die in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen denjenigen der unwirksamen Bestimmungen so nahe kommen wie rechtlich möglich.

...

§ 11

Börseeinführung

Die Zulassung der Bankschuldverschreibungen im Dritten Markt an der Wiener Börse wird beantragt werden.

...

Wien, im April 2006

Hinsichtlich dieser Wertpapiere gelten die Anforderungen des Börsegesetzes, die an Emittenten und deren amtlich notierte oder im geregelten Freiverkehr gehandelten Wertpapiere gestellt werden, nicht.

Diese Emission ist gemäß § 17b Abs 2 KMG von der Prospektpflicht befreit.“

Im Oktober 2008 kam es nach Medienberichten über undurchsichtige Verbindungen der Beklagten zur I*****-Gruppe und damit zusammenhängenden intransparenten Zahlungsströmen zu einem massiven Vertrauensverlust der Kunden. Dieser Vertrauensverlust führte zu einem dramatischen Abfluss liquider Mittel. Im Oktober 2008 geriet die Beklagte in eine kritische Lage.

Sie wurde Mitte Oktober 2008 von der A***** G***** GmbH übernommen, hinter der ein Konsortium österreichischer Großbanken stand. Die Republik Österreich stellte der Beklagten Kreditlinien in Höhe von 400 Mio EUR zur Verfügung. Damit wurde ihre Illiquidität vermieden. Die Beklagte wurde von diesem Konsortium österreichischer Großbanken zu einem symbolischen Kaufpreis von einem Euro „aufgefangen“.

Die Übernahme der Beklagten durch das Bankenkonsortium war nur als Zwischenschritt geplant. Das Konsortium beabsichtigte, das Bankgeschäft der Beklagten möglichst kurzfristig an Interessenten zu übertragen. Dies geschah durch eine Veräußerung des Teilbetriebs „Bank“ an die A***** E***** AG und den Verkauf sämtlicher Aktien und Partizipationsscheine der A***** E***** AG an zwei Gesellschaften. Die Verträge wurden am 4. 12. 2009 unterzeichnet. Das Closing (Verfügungsgeschäft) erfolgte am 22. 6. 2010.

Der Firmenwortlaut der A***** E***** AG wurde in S***** C***** P***** Aktiengesellschaft (in der Folge immer: Bank neu) geändert.

Die Haftung der Bank neu für nicht ausdrücklich übernommene Verbindlichkeiten des Bankbetriebs wurde gemäß § 38 Abs 4 UGB ausgeschlossen. Dieser Haftungsausschluss wurde am 17. 12. 2009 im Firmenbuch eingetragen.

Nach Veräußerung der Aktien der Beklagten an die I***** I***** Beteiligungsverwaltung GmbH ist diese nunmehr Alleinaktionärin der Beklagten.

Allfällige Ansprüche ehemaliger Vorstandsmitglieder und Dienstnehmer der Beklagten gegen diese und Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit dem

Erwerb von Aktien der I***** AG und der I***** AG gegenüber ehemaligen Kunden wurden nicht mitübertragen. Auch das Ergänzungskapital war nicht vom Unternehmens- und Anteilskaufvertrag erfasst.

Die Beklagte lukrierte durch die Veräußerung des Bankbetriebs im Dezember 2009 einen Kaufpreis in Höhe von rund 83 Mio EUR. Davon entfiel ein Teilbetrag von 60 Mio EUR auf den Kaufpreis aus dem Aktienkaufvertrag und ein Teilbetrag von 23 Mio EUR auf den Kaufpreis des Unternehmenskaufvertrags. Zur Abdeckung der übernommenen Verbindlichkeiten wurde dieser Kaufpreis auf ein Treuhandkonto erlegt. Auf das Treuhandkonto hat die Beklagte als Verkäuferin für die Dauer von zehn Jahren ab dem Closing nur eingeschränkten Zugriff. Der Kaufpreis darf nur im Rahmen seiner Zweckwidmung verwendet werden, nämlich zur Befriedigung von Ansprüchen der Käufer aus dem Unternehmens- und dem Aktienkaufvertrag und zur Befriedigung von Ansprüchen von Gläubigern aus nicht mit dem Bankbetrieb übertragenen Verbindlichkeiten. Ein danach verbleibender Teilbetrag des Kaufpreises kann nach Ablauf der 10-Jahresfrist zur Befriedigung sonstiger Gläubiger der Beklagten verwendet werden.

Im November 2010 legte die Beklagte ihre Bankkonzession zurück. Mit Bescheid vom 20. 12. 2010 stellte die FMA fest, dass die Bankkonzession durch die Zurücklegung erloschen ist.

Anlässlich der Zurücklegung der Bankkonzession war es der Beklagten möglich, ihre von der Republik Österreich garantierten Kreditlinien in Höhe von 400 Mio EUR zurückzuführen.

Seit Beendigung des Bankbetriebs ist der Zweck der Beklagten auf die - faktische - Liquidation ausgerichtet.

Es fließen ihr allerdings aus dem Treuhanderlag Erträge zu.

Die Bilanzsumme der Beklagten verringerte sich zwischen 31. 12. 2008 und 31. 12. 2009 von ca 856 Mio EUR um ca 577 Mio EUR auf ca 279 Mio EUR. Die Bilanz der erst wenige Monate zuvor gegründeten Bank neu wies zum 31. 12. 2009 eine Bilanzsumme von mehr als 600 Mio EUR auf. Das entspricht etwa dem von der Beklagten übertragenen Vermögen. Im Geschäftsjahr 2010 erwirtschaftete die Bank neu, die im Wesentlichen aus dem übertragenen Bankbetrieb der Beklagten besteht, einen Jahresüberschuss von 7,4 Mio EUR.

Weder zum Kupontermin 26. 4. 2010 noch zum Kupontermin 26. 4. 2011 bezahlte die Beklagte der Klägerin Zinsen.

Gegen die Beklagte sind zahlreiche Klagen aus dem Titel des Schadenersatzes eingebracht worden, die im Zusammenhang mit von der Beklagten im Rahmen ihres Bankbetriebs vermittelten Käufen von Aktien der I***** AG und der I***** AG sowie von weiteren Anlageprodukten (zB „D***** F***** G*****“) stehen. Eine Vielzahl dieser Verfahren ist noch nicht rechtskräftig abgeschlossen.

Mit Schreiben des Rechtsvertreters der Klägerin vom 17. 2. 2011 kündigte die Klägerin das von ihr gezeichnete Ergänzungskapital aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung auf und forderte die Rückzahlung des Nominales von 2 Mio EUR. Zur Begründung berief sie sich im Wesentlichen auf jene Umstände, die sie nun auch zum Gegenstand ihres Vorbringens in diesem Verfahren macht.

Der Rechtsvertreter der Beklagten teilte mit Schreiben vom 21. 3. 2011 mit, dass die Beklagte die Kündigung nicht zur Kenntnis nehme und sämtliche

Zahlungsansprüche der Klägerin ablehne.

Die Klägerin erfuhr im Juni 2010 von dem Vorhaben der Beklagten, den Bankbetrieb einzustellen und die Konzession zurückzulegen.

Die Klägerin begehrt zuletzt (S 12 in ON 7) die Zahlung von 137.500 EUR zuzüglich näher aufgeschlüsselter Zinsen. Ein Begehren von 50.000 EUR sA bezieht sich auf einen von der Klägerin behaupteten Anspruch auf Rückzahlung des Ergänzungskapitals, der in Höhe des ursprünglich gezeichneten Betrags von 2 Mio EUR bestehe, in diesem Verfahren aber nur mit einem Teilbetrag von 50.000 EUR geltend gemacht wurde.

Ein Begehren von insgesamt 87.500 EUR sA macht die Klägerin als Schadenersatzanspruch geltend, weil sie durch das pflichtwidrige Handeln der Organe der Beklagten Zinsverluste für die Zinsperiode 26. 4. 2009 bis 25. 4. 2010 in Höhe von 50.000 EUR und für die Zinsperiode 26. 4. 2010 bis 21. 2. 2011 (Wirksamwerden der Kündigung durch Zustellung) in Höhe von 37.500 EUR erlitten habe.

Die Klägerin bringt zusammengefasst vor, dass Gegenstand des Unternehmens- und Anteilskaufvertrags ausschließlich der „gesunde und gute Teil“ des Bankbetriebs der Beklagten gewesen sei. Sämtlich Altlasten sowie Strei- und Problemfälle seien bei der Beklagten als „Bad Bank“ verblieben. Ein vertraglicher Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts werde vom Bankwesengesetz (BWG) nicht als Voraussetzung für die Eigenmittelqualität von Ergänzungskapital gefordert. Das Recht auf außerordentliche Kündigung sei unverzichtbar; ein allenfalls vereinbarter vertraglicher Ausschluss unwirksam.

Die außerordentliche Kündigung sei wegen Einstellung des Bankbetriebs berechtigt. Die Zurücklegung

der Bankkonzession führe dazu, dass die Beklagte nicht mehr der Kontrolle der FMA und der Österreichischen Nationalbank unterliege. Auch die Eigenkapitalvorschriften des BWG seien für die Beklagte nicht mehr beachtlich. Der Vermögensgegenstand, der im Wesentlichen die gesamte Ertragskraft des Schuldners verkörpere (im konkreten Fall: der gesunde Bankbetrieb), sei durch einen unproduktiven Barbetrag, der nicht operativ eingesetzt werden könne, ersetzt worden. Daran ändere die Angemessenheit des lukrierten Preises aus dem Unternehmens- und Anteilskaufvertrag nichts. Nachrangigkeit des Ergänzungskapitals liege nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 45 Abs 4 BWG nur im Fall der Liquidation oder des Konkurses der Schuldnerin vor; beide Tatbestände seien hier nicht verwirklicht.

Ferner habe der (ehemalige) Vorstand der Beklagten zu Lasten der Gläubiger der Beklagten grob pflichtwidrig gehandelt und damit berechnete wirtschaftliche Interessen der Gläubiger gefährdet. Dieses grob pflichtwidrige Organhandeln stelle ebenfalls einen wichtigen Grund für die Beendigung der Vertragsbeziehung dar.

Wegen einer gebotenen Analogie zu § 15 Abs 5 SpaltG sei die Klägerin nicht an einem allfälligen Verlust zu beteiligen.

Die Zulassung des Ergänzungskapitals zum Dritten Markt, einem sogenannten „Multilateralen Handelssystem“, sei kein Surrogat für die außerordentliche Kündigung; wenn ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund vorliege, finde sich kein Käufer.

Subsidiär sei das Klagebegehren auch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage berechnete: Der Bankbetrieb bzw die Bankkonzession seien geschäftstypische Voraussetzung für die Zeichnung des Ergänzungskapitals

gewesen.

Zum geltend gemachten Schadenersatzanspruch bezog sich die Klägerin darauf, dass für die entstandenen Zinsverluste (gemeint: dass weder zum Kupontermin 26. 4. 2010 noch zum Kupontermin 26. 4. 2011 Zinsen bezahlt wurden) das der Beklagten zurechenbare pflichtwidrige und schuldhaftes Organhandeln ursächlich gewesen sei. Die Beklagte habe selbst eine Schadenersatzklage gegen frühere Organmitglieder eingebracht.

Dieses Vorbringen ergänzte die Klägerin - über von der Beklagten erhobenen Einwand der Unschlüssigkeit des Schadenersatzbegehrens - dahin, dass „Malversationen“ des (früheren) Vorstands der Beklagten zu einem Vertrauensverlust geführt hätten, der wiederum den massiven Abzug von Geldern zur Folge gehabt habe. Das habe letztlich zum Zusammenbruch der Beklagten geführt.

Die Beklagte wendet ein, dass die Klägerin in den Emissionsbedingungen auf die außerordentliche und ordentliche Kündigung bis zum Ende der Laufzeit am 15. 4. 2016 verzichtet habe. Im Anlassfall seien die Sonderbestimmungen des BWG über Eigenmittel zu berücksichtigen. Für Ergänzungskapital sei ebenso wie für Partizipationskapital ein dauerhafter Verzicht auf das außerordentliche Kündigungsrecht zulässig. Das ergebe sich nicht nur aus den Eigenmittelanforderungen des BWG, sondern auch aus Gläubigerschutzüberlegungen; das Ergänzungskapital sei Nachrangkapital. Der für den Bankbetrieb erzielte Kaufpreis liege auf einem Treuhandkonto, auf das die Beklagte als Verkäuferin für die Dauer von zehn Jahren ab dem Closing nur eingeschränkten Zugriff habe. Der Kaufpreis dürfe nur im Rahmen seiner Zweckwidmung verwendet werden. Die FMA habe darauf

bestanden, dass das Ergänzungskapital nicht mit dem Bankbetrieb mitübertragen werde, weil sie sich auf den Standpunkt gestellt habe, dass es sich dabei inhaltlich um eine - gesetzlich unzulässige - Kündigung des Ergänzungskapitals durch die Beklagte gehandelt hätte.

Es treffe zu, dass die Beklagte nunmehr die Eigenmittelerfordernisse des BWG nicht mehr einhalten müsse. Allerdings benötige die Beklagte das Ergänzungskapital weiterhin zu dem ursprünglich vorgesehenen Zweck. Eine Aufsicht durch die FMA und die Österreichische Nationalbank sei nur so lange notwendig gewesen, als die Beklagte noch Bankgeschäfte betrieben bzw diese abgewickelt habe.

Die ehemaligen Organe der Beklagten, denen die Klägerin grob pflichtwidrige Handlungen vorwerfe, seien bereits Anfang 2009 aus ihren Organfunktionen ausgeschieden. Es bestünden keinerlei Beziehungen zu diesen früheren Organen mehr.

Das eigentliche Motiv der Klägerin für die Kündigung liege offenbar ohnedies nur im behaupteten Wegfall der Ertragskraft des Bankbetriebs. Dabei übersehe die Klägerin jedoch, dass die Beklagte durch die Veräußerung des Teilbetriebs „Bankbetrieb“ im Dezember 2009 insgesamt 83 Mio EUR lukriert habe. Wenngleich die Beklagte über diesen Kaufpreis derzeit nicht frei verfügen könne, würden ihr Erträgnisse aus dem Treuhanderlag zufließen. Der vereinbarte Preis habe dem Verkehrswert des Teilbetriebs entsprochen. Hätte die Beklagte den Teilbetrieb nicht veräußert, dann hätte sich dies mit Sicherheit nicht zum Vorteil der Gläubiger, insbesondere der Zeichner der Schuldverschreibungen, ausgewirkt. Zum damaligen Zeitpunkt sei schon absehbar gewesen, dass sich der Kundenstock der

Beklagten aufgrund des von der Klägerin selbst angeführten massiven Vertrauensverlusts sukzessive „verflüchtigen“ würde. Nur durch eine Veräußerung des Bankbetriebs habe dieser wieder auf eine gesunde wirtschaftliche Grundlage gestellt werden können. Das sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, als noch ein angemessener Preis habe erzielt werden können. Die Käufer seien jedoch nicht bereit gewesen, gewisse „Altlasten“ aus dem Bankgeschäft zu übernehmen. Es habe sich daher als die wirtschaftlich vernünftigste, ja geradezu einzig sinnvolle und mögliche Lösung erwiesen, den Teilbetrieb „Bank“ auszugliedern. Mögliche Verbindlichkeiten aus behaupteter mangelhafter Anlageberatung seien der Beklagten zugeordnet worden, wobei diese aber im Gegenzug finanziell derart ausgestattet worden sei, dass nach begründeter Einschätzung eine Befriedigung dieser Forderungen möglich sein werde. Erst nach Abschluss der betreffenden Verfahren könne abschließend beurteilt werden, wie weit die nachrangigen Verbindlichkeiten der Beklagten bedient werden könnten. Die Klägerin, die eine nachrangige Schuldverschreibung gezeichnet habe, habe sich damit bewusst auf das Risiko eingelassen, dass das Ergänzungskapital aufgrund möglicher Verluste der Beklagten nicht oder nicht zur Gänze zurückgezahlt werden könne. Die Ertragskraft der Beklagten wäre bei einer versuchten Weiterführung des Bankbetriebs durch sie selbst - infolge des mit Sicherheit zu erwartenden Verlusts des Kundenstocks - gänzlich weggefallen.

Im Übrigen seien das Ergänzungskapital nach wie vor zum Handel am Dritten Markt der Wiener Börse zugelassen.

Der Bankbetrieb sei keine geschäftstypische Voraussetzung für den Zeichnungsvertrag gewesen.

Schuldverschreibungen könnten auch von anderen Emittenten als Banken und Versicherungsunternehmen ausgegeben werden. Die Beklagte habe überdies auch den Teilbetrieb „Immobilien“ geführt.

Jedenfalls aber komme eine Rückzahlung des Kapitals nur unter anteiligem Abzug der während der Laufzeit angefallenen Nettoverluste in Betracht. Unter Berücksichtigung dieser - von der Beklagten rechnerisch näher dargestellter - Nettoverluste reduziere sich der Wert des von der Klägerin gezeichneten Ergänzungskapitals auf Null.

Schließlich wendete die Beklagte die Verfristung des außerordentlichen Kündigungsrechts ein; die von der Klägerin im Verfahren selbst vorgelegten Medienberichte zeigten, dass die Vorgänge in der Beklagten mit einer hohen Publizität verbunden gewesen seien.

Das Schadenersatzbegehren sei nicht schlüssig.

Der im Verfahren erster Instanz auf Seiten der Beklagten beigetretene erste Nebenintervenient (ehemaliges Vorstandsmitglied der Beklagten) schloss sich im Wesentlichen dem Vorbringen der Beklagten an und bestritt insbesondere jedes schuldhaft und rechtswidrige Organhandeln.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Es erachtete rechtlich, dass die Streitteile, die dem Vertragsverhältnis die Emissionsbedingungen der Beklagten aus dem Jahr 2006 zugrundegelegt hätten, auch das außerordentliche Kündigungsrecht der Klägerin wirksam ausgeschlossen hätten. Zwar entspreche es der Lehre und der Rechtsprechung, dass Dauerschuldverhältnisse ohne Rücksicht auf die vereinbarte Dauer stets durch außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund aufgelöst werden könnten. Für das konkrete Dauerschuldverhältnis

werde jedoch in § 23 Abs 7 Z 1 BWG abweichend explizit der Ausschluss nicht nur der ordentlichen, sondern auch der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit für das Ergänzungskapital angeordnet. Dieser Eingriff finde seine Rechtfertigung darin, dass das Ergänzungskapital dem Schutz der Gläubiger diene. Dem Kapitalgeber werde diese Nachrangigkeit und das damit verbundene höhere Risiko durch höhere Zinsen abgegolten.

Auch eine Berufung der Klägerin auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage komme nicht in Betracht, weil sich das dazu erstattete Vorbringen der Klägerin nur auf wichtige Beendigungsgründe, nicht aber auf den eigenständigen Wegfall einer Geschäftsgrundlage stütze.

Zu den geltend gemachten Schadenersatzansprüchen wegen Zinsverlusten aus „pflichtwidrigem Handeln der Organe der Beklagten“ habe die Klägerin keinerlei konkretes Tatsachenvorbringen erstattet, welche Handlungen welcher Organe zu den behaupteten Zinsschäden geführt hätten.

Nach Schluss der Verhandlung erster Instanz trat der zweite Nebenintervenient (ehemaliger Vorstandsvorsitzender der Beklagten) dem Verfahren auf Seiten der Beklagten bei. Gegen seinen Beitritt wendete sich keine der Parteien; er beteiligte sich jedoch weder am Berufungs- noch am Revisionsverfahren.

Das Berufungsgericht gab der von der Klägerin erhobenen Berufung nicht Folge. Es erklärte die ordentliche Revision mit der Begründung für zulässig, dass Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs dazu fehle, ob das außerordentliche Kündigungsrecht in Ergänzungskapitalbedingungen wirksam ausgeschlossen werden könne und ob dieser Ausschluss auch dann wirksam bleibe, wenn der

Ergänzungskapitalschuldner durch Einstellung des Bankbetriebs und Zurücklegung der Bankkonzession nachträglich aus dem Anwendungsbereich des BWG falle.

Inhaltlich billigte das Berufungsgericht die Rechtsauffassung des Erstgerichts.

Ergänzend führte es aus, dass der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung 10 Ob 34/05f den Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts für Partizipationskapital für zulässig erachtet habe. In Anknüpfung daran habe der Oberste Gerichtshof auch in der Entscheidung 1 Ob 105/10p darauf verwiesen, dass die gesetzlichen Regelungen über das Partizipationskapital offensichtlich von der grundsätzlichen Zulässigkeit eines dauerhaften Verzichts auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung ausgingen. Beide Bestimmungen seien auf Banken und Versicherungsgesellschaften beschränkt und dienten der Erleichterung der Aufbringung von Eigenkapital.

Die Zurücklegung der Bankkonzession erlaube keine andere Beurteilung. Der Beklagten sei dadurch der „gesicherte Rückzug“ aus dem Bankbetrieb unter möglichster Vermeidung der Schädigung von Gläubigern ermöglicht worden. Auch nach Zurücklegung der Bankkonzession müssten daher die Eigenmittel durch nachrangiges Ergänzungskapital zur endgültigen Abwicklung von Geschäftsbeziehungen aus der Zeit des Bankbetriebs zur Verfügung stehen. Das erscheine auch unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes eine zwingende Konsequenz.

Das Schadenersatzbegehren sei nicht schlüssig. Die Klägerin habe nur auf behauptete Malversationen der vor Oktober 2008 tätigen Vorstandsmitglieder verwiesen, die in

direktem Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Notlage der Beklagten stünde. Es fehle jedes konkrete Vorbringen dazu, welche früheren Manager der Beklagten durch welches konkrete schuldhaftes Verhalten welchen Schaden verursacht hätten. Der als Erkundungsbeweis zu wertende Antrag auf Beischaffung eines Strafakts ersetze ein schlüssiges Vorbringen nicht.

Gegen das Berufungsurteil wendet sich die Revision der Klägerin aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung der Urteile der Vorinstanzen im Sinne einer gänzlichen Klagestattgebung. Hilfsweise stellt die Klägerin einen Aufhebungsantrag.

Die Beklagte und der erste Nebenintervenient beantragen die Zurückweisung der Revision; hilfsweise beantragen sie, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt.

In der Revision wiederholt die Klägerin ihren bereits in erster Instanz eingenommenen Standpunkt, dass die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses im Kern nicht abdingbar sei; das gelte auch für Ergänzungskapital, jedenfalls aber dann, wenn - wie hier - die Emittentin über keine Bankkonzession mehr verfüge. Die Führung eines Bankbetriebs als geschäftstypische Voraussetzung ermögliche auch eine Berufung der Klägerin auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen Einstellung des Bankbetriebs und Zurücklegung der Konzession.

Die geltend gemachten Schadenersatzansprüche seien schlüssig, die Klägerin habe sich auf Malversationen der vor Oktober 2008 amtierenden Vorstandsmitglieder

berufen, die in direktem Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Notlage der Beklagten in den Jahren ab 2008 stünden.

Dazu wurde erwogen:

I. Nebenintervention

Gemäß § 18 Abs 1 ZPO kann die Nebenintervention in jeder Lage des Verfahrens bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung durch Zustellung eines Schriftsatzes an beide Parteien erfolgen. Sie wird mit Zustellung des Beitrittsschriftsatzes rechtswirksam (2 Ob 257/03p; 3 Ob 45/11f SZ 2011/123 mwN). Da somit der Beitritt des zweiten Nebenintervenienten nach Schluss der Verhandlung erster Instanz zulässig war und auch ein Zurückweisungsantrag nicht gestellt wurde, waren - wie das Erstgericht ohnedies anordnete - die Rechtsmittelschriftsätze der Klägerin auch dem zweiten Nebenintervenienten zuzustellen.

II. Schadenersatzbegehren

Zutreffend haben die Vorinstanzen das Schadenersatzbegehren der Klägerin abgewiesen.

1. Ein Klagebegehren ist rechtlich schlüssig, wenn das Sachbegehren des Klägers materiell-rechtlich aus den zu seiner Begründung vorgetragenen Tatsachenbehauptungen abgeleitet werden kann (RIS-Justiz RS0037516).

2. Lässt sich ein Sachbegehren aus den vorgetragenen Tatsachen rechtlich nicht ableiten, kommen zwei Ursachen in Betracht: Entweder sind die vorgetragenen Tatsachen zu unvollständig geblieben, um die begehrte Rechtsfolge daraus ableiten zu können (Unschlüssigkeit wegen Unvollständigkeit) oder es lässt sich der behauptete Sachverhalt nicht unter die für die Rechtsfolge maßgebenden

Rechtsnormen subsumieren (Unschlüssigkeit im eigentlichen Sinn; 2 Ob 215/09w mwN).

3. Die von den Vorinstanzen bejahte Unschlüssigkeit des Schadenersatzbegehrens ist eine Unschlüssigkeit wegen Unvollständigkeit: Die Klägerin hat nur allgemein „Malversationen“ der früheren Vorstandsmitglieder der Beklagten behauptet. Sie hat sich auch im fortgesetzten Verfahren - trotz des von der Beklagten erhobenen Einwands der Unschlüssigkeit des Schadenersatzbegehrens - nur auf diese „Malversationen“ und auf eine, nach dem Vorbringen der Beklagten allerdings bisher nicht erhobene, Schadenersatzklage der Beklagten gegen ehemalige Vorstandsmitglieder berufen. Es fehlt daher an einem Tatsachenvorbringen, welche konkreten Handlungen bzw Unterlassungen der Vorstandsmitglieder der Beklagten zu dem behaupteten Zinsschaden führten.

4. Ob die Unvollständigkeit des Schadenersatzbegehrens in erster Instanz erörterungsbedürftig gewesen wäre, bedarf keiner Prüfung, weil die Klägerin in der Berufung einen Verfahrensmangel im Hinblick auf die mangelnde Erörterung des Schadenersatzbegehrens nicht geltend machte und im Übrigen auch im Revisionsverfahren nicht aufzuzeigen vermag, welches konkrete Verhalten sie den ehemaligen Vorstandsmitgliedern der Beklagten vorwirft.

III. Anspruch auf Rückzahlung des Ergänzungskapitals

1. Gesetzliche Grundlagen

1.1 Mit der Novelle zum Kreditwesengesetz (KWG) 1986, BGBl 1986/325, wurden den Banken mehrere neue Finanzierungsinstrumente, darunter das Ergänzungskapital, zur Stärkung der Eigenkapitalbasis zur Verfügung gestellt. Das Ergänzungskapital wurde in § 12

Abs 7 KWG definiert und im Wesentlichen unverändert als § 23 Abs 7 BWG in das Bankwesengesetz 1993 (BWG 1993, BGBl 1993/532) übernommen (8 Ob 2351/96k; *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG [2012] § 23 Rz 60).

1.2 Mit § 23 BWG, der die Überschrift „Eigenmittel“ trug, wurde die Eigenmittelrichtlinie 89/299/EWG, später eingearbeitet in die Richtlinie 2006/48/EG, umgesetzt. Die Bestimmung regelte, welche Passiva und sonstigen Instrumente in welcher Weise als Eigenmittel angerechnet werden können. Allfälligen Gläubigern sollte auch bei Verwirklichung unerwarteter Risiken ein ausreichender Haftungsfonds zur Verfügung stehen (2 Ob 84/13m; *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 1).

1.3 Die hier anzuwendende Fassung des § 23 Abs 7 BWG definierte Ergänzungskapital als jene eingezahlten Eigenmittel, die

„(Z/1) vereinbarungsgemäß dem Kreditinstitut auf mindestens acht Jahre zur Verfügung gestellt werden und die seitens des Gläubigers nicht vor Ablauf dieser Frist gekündigt werden können; seitens des Kreditinstitutes ist eine vorzeitige Kündigung nur nach Maßgabe der Z 5 zulässig;

(Z/2) für die Zinsen ausbezahlt werden dürfen, soweit sie im Jahresüberschuß (vor Rücklagenbewegung) gedeckt sind,

(Z/3) die vor Liquidation nur unter anteiligem Abzug der während ihrer Laufzeit angefallenen Nettoverluste zurückgezahlt werden dürfen,

(Z/4) die nachrangig gemäß § 45 Abs 4 sind,

(Z/5) deren Restlaufzeit noch mindestens drei Jahre beträgt; das Kreditinstitut kann mit Wirksamkeit vor Ablauf der Restlaufzeit von drei Jahren ohne Kündigungsfrist kündigen, wenn dies vertraglich zulässig ist und das Kreditinstitut zuvor Kapital in gleicher Höhe und gleicher Eigenmittelqualität beschafft hat; ...“

1.4 Dazu ist klarzustellen, dass § 23 Abs 7 Z 2

BWG idF BGBl 2009/152 gemäß § 103l BWG (nur) auf jenes Ergänzungskapital anzuwenden ist, das ab dem 1. Jänner 2010 begeben oder an diese Bestimmung vertraglich angepasst wird (vgl dazu *Grünberger*, Die neuen Ergänzungskapitalbestimmungen für Banken, RZW 2010/12, 42). Die Änderung in § 23 Abs 7 Z 5 BWG durch BGBl 2012/20, die nach der Übergangsbestimmung des § 103n Abs 2 BWG auch auf Instrumente anzuwenden ist, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes begeben wurden, hat für den zu beurteilenden Fall, dem keine Kündigung durch das Kreditinstitut zugrunde liegt, keine Bedeutung.

Auch die Verordnung (EU) 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013, die im Rahmen des als „Basel III“ bezeichneten Maßnahmenpakets erging und durch welche § 23 BWG mit Ablauf des 31. 12. 2013 außer Kraft trat (BGBl 2013/184), ist hier nicht maßgeblich.

1.5 Das in § 23 Abs 7 BWG materiell definierte Ergänzungskapital zählte gemäß § 23 Abs 1 Z 5 iVm § 23 Abs 14 Z 2 BWG zu den ergänzenden Eigenmitteln, und zwar zu den „ergänzenden Eigenmitteln höherer Qualität“ („Tier-II-Kapital“ - vgl *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 8). Die Qualität von Ergänzungskapital als anrechenbare ergänzende Eigenmittel setzte die in § 23 Abs 7 Z 1 bis 5 geforderten unabdingbaren Mindestmerkmale voraus (*Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 61).

1.6 Die von der Klägerin noch in erster Instanz vertretene Auffassung, Ergänzungskapital iSd § 23 Abs 7 BWG schließe für den Gläubiger nur die ordentliche Kündigung aus, ist mit den Zielsetzungen des BWG unvereinbar. Es entspricht daher auch der herrschenden Auffassung, dass § 23 Abs 7 Z 1 BWG („und die seitens des

Gläubigers nicht vor Ablauf dieser Frist gekündigt werden können“) dahin zu verstehen ist, dass für die Eigenmittelqualifikation des Ergänzungskapitals der vereinbarte Ausschluss auch des außerordentlichen Kündigungsrechts des Gläubigers unabdingbar ist (*Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG § 23 Rz 66; *Göth* in *Diwok/Göth*, Bankwesengesetz [2005] § 23 Rz 49; *Jud/Schummer*, Die Emission von Nachrang- und Ergänzungskapital mit Wandlungsrecht auf Aktien, ÖBA 1995, 412 [415]; *Weber*, Kündigungsmöglichkeit einer Ergänzungskapitalanleihe im Zuge einer Spaltung oder Verschmelzung? in FS Torggler [2013] 1253 [1257]).

Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob ein vereinbarter Ausschluss auch des außerordentlichen Kündigungsrechts im Zeichnungsvertrag über das Ergänzungskapital aus zivilrechtlicher Sicht wirksam ist.

2. Vertragsinhalt

2.1 Die dem Vertragsschluss zwischen den Streitparteien zugrunde gelegten Emissionsbedingungen, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind (7 Ob 15/10x mwN; 2 Ob 84/13m), nehmen ausdrücklich auf „Bankschuldverschreibungen über eingezahltes Ergänzungskapital gemäß § 23 Abs 7 des Bankwesengesetzes“ und auf die Nachrangigkeit gemäß §§ 23 Abs 8 und 45 Abs 4 BWG Bezug (§ 2). In § 2 der Bedingungen ist ferner festgehalten, dass das Kapital der Bank vom Gläubiger bis einschließlich 26. 4. 2016 unter Verzicht auf die außerordentliche und ordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird.

2.2 Da die Emissionsbedingungen auch sonst den gesetzlichen Vorgaben des BWG entsprechen, waren sämtliche für die Qualifikation des Ergänzungskapitals als Eigenmittel erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen

Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien bei Abschluss des Emissionsgeschäfts.

2.3 Der Vertrag ist daher so auszulegen, dass die Parteien den Eigenkapitalcharakter des Ergänzungskapitals beabsichtigt und einen Ausschluss auch des außerordentlichen Kündigungsrechts der Klägerin vereinbart haben (*Lindinger*, Über Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, JBl 2003, 724 [726]; vgl auch *Kalss/Schauer*, Anlegerschutz und nachrangiges Kapital, ÖBA 2002, 347 zur Abgrenzung einer rechtsgeschäftlich bindenden Einigung etwa über die Nachrangigkeit gegenüber bloßen Wissenserklärungen).

2.4 Die Emissionsbedingungen orientieren sich an den Mindestkriterien des § 23 Abs 7 BWG, sehen also neben der in § 23 Abs 7 Z 3 BWG geforderten Nettoverlusttragungspflicht keine „Gewinnbeteiligung“ oder „Liquidationserlösbeteiligung“ vor und gewähren gewinnabhängige Zinsen iSd § 23 Abs 7 Z 2 BWG (vgl dazu *Jud/Schummer*, Die Emission von Nachrang- und Ergänzungskapital auf Aktien, ÖBA 1995, 413 [416, 422]; *Karollus*, Anwendbarkeit des § 174 AktG auch auf bloß „gewinnabhängige“ Titel? GesRZ 2009, 209 [210 f] mwN).

2.5 Derartige Finanzierungsinstrumente werden im Gegensatz zu aktienähnlichen Genussrechten auch als „obligationenartige“ bzw „obligationenähnliche“ Genussrechte bezeichnet (*Jud/Schummer*, ÖBA 1995, 413 [422]; *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, [1998] 218 ff; *Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaft, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54 [58]; *Lindinger*, JBl 2003, 724 [725]), die dem Gläubiger funktionell keine gesellschafterähnliche Position einräumen. Sie sind, um ihre Entwicklung unter Achtung des Prinzips der Privatautonomie

nicht zu behindern, gesetzlich bewusst nicht typisiert. Der privatautonomen Gestaltung sind jedoch durch die §§ 864a, 879 ABGB und - soweit Verbraucher betroffen sind - durch die Bestimmungen des KSchG Grenzen gesetzt (7 Ob 267/02v; 1 Ob 105/10p je mwN).

2.6 Der auf Einräumung derartiger Gläubigerrechte gerichtete Vertrag, der nicht einfach durch Erfüllung, sondern durch Zeitablauf bzw Kündigung endet und auf laufende Zinszahlungen gerichtet ist, begründet ein Dauerschuldverhältnis (*Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 [60]; *Kalss/Schauer*, ÖBA 2002, 347 [350]; 10 Ob 34/05f wbl 2006/128 [*Schuhmacher*]).

3. Außerordentliches Kündigungsrecht

3.1 Nach herrschender Lehre (*Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis [1982] 225 f; *F. Bydlinski*, Zulässigkeit und Schranken „ewiger“ und extrem langdauernder Vertragsbindung [1991] 12; *Rummel* in *Rummel*³ § 859 ABGB Rz 27; *Würth* in *Rummel*³ § 1118 ABGB Rz 2 je mwN) und ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0027780; zuletzt 7 Ob 235/13d) können Dauerschuldverhältnisse bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch einseitige außergerichtliche Erklärung vorzeitig aufgelöst werden.

3.2 Dieser Grundsatz gilt auch bei vereinbarter Unkündbarkeit (RIS-Justiz RS0018368) und bei befristeten Verträgen (RIS-Justiz RS0018305; 1 Ob 176/98h SZ 71/141). Bei vereinbarter Unkündbarkeit ist allerdings ein strenger Maßstab anzulegen (8 Ob 607/84 SZ 57/186; 4 Ob 211/03p SZ 2003/169).

3.3 Dem außerordentlichen Kündigungsrecht liegt die Erwägung zugrunde, dass auf Dauer angelegte Rechtsverhältnisse in besonderem Maß dem Einfluss von

Veränderungen unterliegen, weil auch sorgfältigste Parteien nicht für alle künftigen Entwicklungen vertragliche Vorsorge treffen können (*F. Bydlinski* in *Klang*² IV/2, 200; 1 Ob 176/98h SZ 71/141; 6 Ob 59/00w SZ 73/180 je mwN). Grundgedanke ist der Schutz vor unzumutbarer Vertragsfortsetzung (*F. Bydlinski*, Zulässigkeit und Schranken „ewiger“ und extrem langdauernder Vertragsbindung 12; 8 Ob 86/06i; 1 Ob 113/08m uva). Daher wird das außerordentliche Kündigungsrecht als im Kern unverzichtbar und eine entgegenstehende Vereinbarung als sittenwidrig beurteilt (6 Ob 524/86 SZ 59/42; 5 Ob 102/09z immolex 2010/84 [*Klein*]; *Fenyves*, Erbenhaftung 226).

3.4 Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 10 Ob 34/05f (wbl 2006/128 [*Schuhmacher*]), die einen außerordentlichen Kündigungsverzicht für 35 Jahre betraf, und in der Entscheidung 1 Ob 105/10p (ÖBA 2010, 762/1663), der ein auf Unternehmensdauer erklärter Kündigungsverzicht zugrunde lag, auch für Genusssverhältnisse den Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts aus wichtigem Grund in AGB als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB beurteilt.

3.5 Die überwiegende Lehre geht ebenfalls davon aus, dass das außerordentliche Kündigungsrecht jedenfalls für obligationsähnliche Genusssverhältnisse im Kern unverzichtbar ist (*van Husen*, Genußrechte 169 ff; *Kalss*, Anlegerinteressen [2001] 467, 494 ff; *Lindinger*, JBl 2003, 724 [730 f]; *Lutter* in Kölner Kommentar zum AktienG² [1994] § 221 Rz 269; *Oberndorfer*, Zum Ausschluß der (außer-)ordentlichen Kündigung von Genußrechten, ÖBA 2006, 813 [815]; *Schuhmacher* in Glosse zu 10 Ob 34/05f wbl 2006/128; *Anzinger/Klement*, Zur

vertraglichen Ausgestaltung der Kündbarkeit von Genussrechten, GES 2011, 321 [326]).

3.6 Unterschiedliche Meinungen werden dazu vertreten, ob und unter welchen Umständen ausnahmsweise ein Ausschluss auch des außerordentlichen Kündigungsrechts zulässig ist:

3.6.1 Die Entscheidung 7 Ob 267/02v (ÖBA 2003/1135 [*Kalss*]) erachtete den Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts bei „börsengängigen“ Gewinnscheinen für zulässig.

3.6.2 Bei gesicherter Möglichkeit zum Austritt aus dem Genussrechtsverhältnis, also bei Schaffung einer Verkaufsmöglichkeit über eine „organisierte Markteinrichtung“, wird auch von einem Teil der Lehre die Wirksamkeit des Kündigungsausschlusses bejaht (*Kalss*, Anlegerinteressen 477 ff mwN; *Oberndorfer*, ÖBA 2006, 813 [817]; vgl auch *Schuhmacher* in Glosse zu 10 Ob 34/05f wbl 2006/128).

3.6.3 Im Anwendungsbereich des BWG (bzw des VAG) soll nach einer Auffassung der Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts wegen der einen entsprechenden Ausschluss ausdrücklich fordernden gesetzlichen Regelung zulässig sein (*Oberndorfer*, ÖBA 2006, 813 [815]; *Nowotny*, Möglichkeiten der Ausgestaltung von Partizipationskapital in FS Laurer [2009] 277 [283]; *Anzinger/Klement*, GES 2011, 321 [326]; *Karollus*, GesRZ 2009, 209 FN 1).

3.6.4 Dagegen wird eingewendet, dass es sich bei den einschlägigen Vorschriften (hier: § 23 Abs 7 BWG) um aufsichtsrechtlich motivierte Bestimmungen handle, die lediglich regelten, unter welchen Voraussetzungen dem vom Gläubiger zur Verfügung gestellten Kapital

Eigenmittelcharakter zukomme, die aber keine Aussage über die Zulässigkeit der geforderten vertraglichen Gestaltung trafen (*Lindinger*, JBl 2003, 724 [730]).

3.6.5 Eine ausdrückliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Ausschlusses des außerordentlichen Kündigungsrechts bei Verträgen über Partizipations- oder Ergänzungskapital enthalten die Entscheidungen 10 Ob 34/05f und 1 Ob 105/10p entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht.

3.7 Einer Auseinandersetzung damit, ob - auch im Hinblick auf die RL 89/299 EWG (zu den Zielen der RL vgl 8 Ob 296/01i) - ein vereinbarter Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts zumindest für die Dauer der Eigenmittelwirksamkeit des Ergänzungskapitals (s dazu *Dellinger/Burger/Puhm*, BWG § 23 Rz 66) gerechtfertigt sein könnte, bejahendenfalls, ob die Tatsache, dass die Eigenmittelanforderungen für die Beklagte ab Zurücklegung der Bankkonzession nicht mehr galten, dem Kündigungsausschluss die Grundlage entzieht, bedarf es nicht. Ebenso entbehrlich ist die Prüfung, ob die Übertragbarkeit des Ergänzungskapitals über das Multilaterale Handelssystem des Dritten Markts der Wiener Börse trotz der von der Klägerin aufgezeigten Unmöglichkeit, de facto einen Käufer zu finden, als gesicherte Möglichkeit zum Austritt aus dem Genussrechtsverhältnis zu werten ist.

3.8 Selbst unter Zugrundelegung nämlich, dass der vereinbarte gänzliche Kündigungsausschluss nicht wirksam ist, liegt kein Grund vor, der die Klägerin zur außerordentlichen Kündigung berechtigt hätte:

3.8.1 Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung trifft den, der sie erklärt (RIS-Justiz RS0027780

[T21]; 6 Ob 59/00w SZ 73/180).

3.8.2 Gründe, mit denen schon beim Eingehen des Dauerschuldverhältnisses gerechnet werden musste, oder Veränderungen, die von den Vertragspartnern offensichtlich in Kauf genommen wurden, rechtfertigen die vorzeitige Beendigung nicht. Je eher solche Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar waren, desto größere Bedeutung ist der Stabilität der Vertragsbindung zuzubilligen und desto höhere Anforderungen sind an die Gewichtigkeit des behaupteten wichtigen Grundes zu stellen (1 Ob 176/98h SZ 71/141; 6 Ob 59/00w SZ 73/180; 3 Ob 274/02v SZ 2002/160).

3.8.3 Im Rahmen einer auf den Zeitpunkt der Beendigungserklärung (RIS-Justiz RS0018881) bezogenen Gesamtbetrachtung ist das Bestandinteresse des einen Vertragspartners gegen das Auflösungsinteresse des anderen Teils abzuwägen (8 Ob 648/88 SZ 61/281; 3 Ob 274/02v SZ 2002/160).

3.8.4 Daraus folgt zunächst, dass die - nicht näher substantiierten - behaupteten „Malversationen“ früherer Vorstandsmitglieder der Beklagten schon deshalb keinen wichtigen Kündigungsgrund verwirklichen, weil unstrittig ist, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Abgabe der Kündigungserklärung der Vorstand bereits zur Gänze ausgewechselt war. Für die Berechtigung der Kündigung kommt es immer auf die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung an (vgl 3.3). Diese liegt nicht vor, weil die Klägerin ein pflichtwidriges Verhalten der neuen Vorstandsmitglieder nicht einmal behauptet hat.

3.8.5 Die Zurücklegung der Bankkonzession und die damit verbundene Konsequenz, dass die Beklagte nicht mehr der Aufsicht der FMA und der Österreichischen

Nationalbank unterliegt, begründet nach den konkreten Umständen des Anlassfalls ebenfalls nicht per se einen wichtigen Kündigungsgrund:

Es steht fest, dass die Beklagte auf den auf einem Treuhandkonto erliegenden Unternehmens- und Anteilsverkaufspreis für die Dauer von zehn Jahren ab dem Closing (22. 6. 2010) nur eingeschränkten Zugriff hat; der Kaufpreis darf nur im Rahmen seiner Zweckwidmung - die die Klägerin inhaltlich nicht beanstandete - verwendet werden. Die Laufzeit des Ergänzungskapitals endet vor Ablauf dieses Zeitraums (25. 4. 2016). Anhaltspunkte dafür oder ein Vorbringen der Klägerin, dass die Beklagte trotz dieser Konstruktion entgegen der Zweckwidmung für die Klägerin nachteilige Dispositionen über den Kaufpreis treffen könne oder wolle, liegen nicht vor.

Inwiefern die Rechtsstellung der Klägerin durch den Wegfall der Aufsicht durch FMA und Österreichische Nationalbank konkret in einer Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsfortsetzung gefährdet sein könnte, ist daher nicht ersichtlich.

3.8.6 Es verbleibt die Tatsache, dass der Bankbetrieb ausgegliedert wurde und die Beklagte de facto nur noch abwickelnd tätig ist.

Die Klägerin brachte dazu vor, dass der gesunde Bankbetrieb durch einen unproduktiven Barbetrag, der nicht operativ eingesetzt werden könne, ersetzt worden sei.

a) Das wirtschaftliche Interesse der Klägerin an dem Vertragsabschluss lag darin, für ihr eingesetztes Kapital Zinsen in der garantierten Höhe zu lukrieren, sofern sie im Jahresüberschuss gedeckt sind. Dafür nahm sie einerseits das Risiko in Kauf, das Kapital nur unter anteiligem Abzug der während der Laufzeit entstandenen Nettoverluste zu erhalten;

andererseits das Risiko, dass ihre Kapitalforderung im Insolvenz- oder Liquidationsfall nur nachrangig bedient würde.

b) Bei dieser Konstellation ist der Klägerin ein eminentes Interesse an der Führung eines „gesunden“ Bankbetriebs zuzubilligen, dessen Ertragskraft gewährleistet, dass ein Jahresüberschuss vorhanden ist, die Klägerin also Zinsen in dem vereinbarten Ausmaß erhält.

c) Die Veräußerung des Bankbetriebs, sofern dadurch eine nachhaltige Verschlechterung der Risikolage der Ergänzungskapitalgläubiger zu erwarten ist, insbesondere dadurch, dass die Emittentin keinen (oder einen geringeren) Jahresüberschuss erzielt oder dadurch, dass ihre Bonität und damit ihre potentielle Fähigkeit, das Ergänzungskapital am Ende der Laufzeit zurückzuzahlen, gefährdet ist, stellt daher an sich einen Grund dar, die Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsfortsetzung in der konkreten Gestaltung zu bejahen (vgl. *Kalss*, Anlegerinteressen 509 f zu Ausgliederungen und Vermögensübertragungen).

d) Damit ist allerdings die Gewährung eines außerordentlichen Kündigungsrechts nicht zwingend verbunden: Unter Berücksichtigung des Interesses der Ergänzungskapitalschuldnerin daran, einen Kapitalabfluss zu verhindern und des damit korrespondierenden Interesses dritter Gläubiger wäre zu erwägen, ob nicht - als „gelinderes Mittel“ - die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Ergänzungskapitalgläubiger durch ergänzende Vertragsauslegung oder durch Vertragsanpassung nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu beseitigen ist (*Lutter* in *KölnerKomm* § 221 dAktG Rz 271; vgl. auch *Kalss*, Anlegerinteressen 507 zu Umstrukturierungsmaßnahmen).

So hat etwa der deutsche Bundesgerichtshof

(II ZR 67/12) im Fall des Abschlusses eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags der Schuldnerin als abhängige Gesellschaft entschieden, dass die Genussscheinbedingungen so anzupassen sind, dass Zinsen in jener Höhe gebühren, die die Gläubiger ausgehend von der bisherigen Ertragslage der Schuldnerin und den hypothetischen künftigen Ertragsaussichten ohne den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag erzielt hätten.

e) Diese hier daher auch nicht zu vertiefenden Überlegungen lassen jedoch für die Klägerin nichts gewinnen:

Es ist unstrittig, dass die Beklagte im Oktober 2008 kurz vor dem Zusammenbruch stand. Die Auffanglösung durch das Konsortium österreichischer Großbanken und die nachfolgenden Verträge, somit die Ausgliederung des Bankbetriebs, verhinderten eine Illiquidität der Beklagten und eine drohende Insolvenz. Unstrittig ist ferner, dass der Unternehmens- und Anteilskaufpreis von 83 Mio EUR, der der Beklagten zufloss, angemessen war.

Die Klägerin behauptet nun gar nicht, dass ihre Position bei Unterbleiben der Auffanglösung günstiger gewesen wäre, sie also ohne Auffanglösung Zinsen in der vereinbarten Höhe lukriert hätte, oder dass zur Sanierung der Beklagten andere als die ergriffenen Maßnahmen zweckmäßiger gewesen wären. Sie bestritt auch nicht, dass die FMA den Abschluss des Unternehmens- und Anteilskaufvertrags mit Übertragung des Ergänzungskapitals auf die Bank neu nicht zugestimmt hätte.

Im Kern strebt sie vielmehr an, einerseits von den Vorteilen der Auffanglösung - Vermeidung einer Insolvenz der Beklagten und der damit verbundenen Gefahr, das Nachrangkapital gänzlich zu verlieren - zu profitieren, andererseits aber die Nachteile - verminderte Chancen auf

Zinserträge wegen der nur noch abwickelnden Tätigkeit der Beklagten - durch einen „exit“ zu vermeiden.

Bei der wirtschaftlichen Entwicklung der Beklagten und der drohenden Insolvenz, die durch die Auffanglösung abgewendet wurde, handelt es sich aber um ein geradezu typisches Kapitalmarktrisiko, das die Klägerin als Ergänzungskapitalgläubigerin allein zu tragen hat und das kein außerordentliches Kündigungsrecht rechtfertigt (*Lutter* in *KölnerKomm* § 221 dAktG Rz 271; 1 Ob 105/10p).

4. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Die subsidiäre Berufung der Klägerin auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage versagt schon deshalb, weil sich hier aus den dargelegten Gründen ausschließlich ein (Kapitalmarkt-)Risiko verwirklichte, das die Klägerin trifft (*Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ IV § 901 Rz 11 mwN; 7 Ob 40/99d).

Die Veräußerung des Bankbetriebs, die Zurücklegung der Bankkonzession und die nunmehr de facto bloß abwickelnde Tätigkeit der Beklagten beruhen nicht auf einer freien, einer geschäftstypischen Grundlage des Zeichnungsvertrags widersprechenden und die Klägerin benachteiligenden unternehmerischen Entscheidung, sondern waren nach den Feststellungen notwendige Konsequenz des andernfalls zu erwartenden wirtschaftlichen Zusammenbruchs der Beklagten. Wäre dieser erfolgt und in seiner Folge der Bankbetrieb eingestellt worden, hätte sich die Klägerin, die als Nachranggläubigerin im Insolvenz- oder Liquidationsfall gerade das wirtschaftliche Risiko dieses Zusammenbruchs hätte tragen müssen, auch nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage „Bankbetrieb“ berufen können.

Ob nicht selbst bei - nur als „letztes Mittel“ gebotener (RIS-Justiz RS0017454) - Bejahung des Wegfalls

der Geschäftsgrundlage mit - hier nicht beehrter - Vertragsanpassung vorzugehen wäre (vgl *Bollenberger* in KBB⁴ § 901 Rz 12 mwN; zu Genussscheinbedingungen BGH II ZR 67/12), bedarf daher keiner Prüfung.

IV. Zusammenfassung

Der Revision der Klägerin ist damit zur Gänze ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 26. September 2014
Dr. D a n z l
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: