

TE OGH 2016/5/30 6Ob87/16m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.05.2016

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei U***** AG, *****, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, gegen die beklagte Partei A***** AG, *****, vertreten durch Rechtsanwaltskanzlei Foglar-Deinhardstein KG in Wien, wegen 100.000 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 24. Februar 2016, GZ 3 R 61/15k-13, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 5. August 2015, GZ 51 Cg 72/14s-9, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 2.370,60 EUR (darin 395,10 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Rechtsvorgängerin der klagenden Partei schloss im Dezember 2006 als Darlehensgeberin mit der C***** Aktiengesellschaft (*****) als Darlehensnehmerin einen Darlehensvertrag über ein Ergänzungskapitaldarlehen von 10 Mio EUR ab.

Das Ergänzungskapital wurde am 15. 12. 2006 übergeben. Am 16. 12. 2014 war die Rückzahlung fällig; die Rückzahlung ist nicht erfolgt.

Im Jahr 2010 bildete die beklagte Partei für Forderungen der I***** AG Rückstellungen im Umfang von 560.102.000 EUR.

Ein Aktienkaufvertrag vom 19. 5. 2010, abgeschlossen zwischen der A***** GmbH, der F***** GmbH als Verkäufer und der IM***** AG als Käuferin unter Beitritt der I***** AG und der Beklagten enthält unter anderem folgende Bestimmung:

„11. Nachrangigkeitsvereinbarung

11.1. Die I***** garantiert für sich und sämtliche Gesellschaften der I*****-Gruppe, dass sämtliche Forderungen der I*****-Gruppe nachrangig gegenüber allen Forderungen von Gläubigern, insbesondere gegenüber Forderungen von Anlegern und Gläubigern aus und im Zusammenhang mit der Zeichnung von Ergänzungskapital der A*****, sind, sodass erst nach Befriedigung aller Gläubiger und Rückzahlung des bestehenden Ergänzungskapitals der A***** Befriedigung durch die I*****-Gruppe begehrt werden kann, und dass wegen der Forderungen der I*****-Gruppe kein

gerichtliches Insolvenzverfahren über das Vermögen der A***** eröffnet zu werden braucht. Diese Nachrangigkeit ist befristet bis zum 31. 12. 2016, besteht jedoch jedenfalls so lange, bis sämtliche Forderungen und Ansprüche der Gläubiger auf Zahlung von Kapital und Zinsen und aus allfälligen weiteren im Zusammenhang mit dem Ergänzungskapital von der A***** gegenüber den Zeichnern oder Inhabern abgegebenen, im Datenraum offen gelegten Erklärungen, befriedigt worden sind. In jedem Fall gilt die Nachrangigkeit nicht bei Eröffnung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A*****. (...)'

Die Klägerin verhandelte diesen Vertrag inhaltlich mit, die A***** GmbH, an der die Klägerin zu 25 % beteiligt war, unterzeichnete diesen Vertrag auch mit; der Vertragstext liegt daher auch bei der Klägerin auf.

Der Punkt 11. über die Nachrangigkeit war ausdrücklicher Wunsch der Klägerin, weil zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses klar war, dass sonst die Möglichkeit der Rückzahlung des begebenen Ergänzungskapitals nicht möglich sein werde.

In der Bilanz der Beklagten zum 31. 12. 2014 betrugen die Steuerrückstellungen 8.036.950,30 EUR, die sonstigen Rückstellungen 657.454.478,19 EUR, das begebene Ergänzungskapital 47.808.530,69 EUR; weiters bestand eine Kapitalrücklage von 5.473.725,79 EUR, eine freie Rücklage von 25.009.892,42 EUR, eine Gewinnrücklage von 25.009.895,36 EUR und ein Bilanzverlust von 609.573.234,41 EUR. Die Summe des negativen Eigenkapitalanteils beträgt -568.639.013,26 EUR. Zwischen den Parteien des Revisionsverfahrens ist unstrittig, dass es sich bei dem Betrag von 5,4 Mio EUR um gebundene Rücklagen handelt (Revision Rz 57, Revisionsbeantwortung S 30). Auch die Bilanzen der Jahre 2005 bis 2013 wurden festgestellt (Rückstellungen, Rücklagen, Bilanzgewinne etc).

Die Klägerin begehrt einen Teilbetrag von 100.000 EUR sA.

Strittig ist zwischen den Parteien vor allem die Anrechnung der für die Forderungen der I*****-Gruppe gebildeten Rückstellungen, die Behandlung von Rücklagen und die Notwendigkeit der Hinzurechnung von Gewinnausschüttungen an Aktionäre zugunsten der Ergänzungskapitalgläubiger.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren mit eingehender Begründung ab.

Die Nachrangigkeitsvereinbarung im Aktienkaufvertrag stelle einen Vertrag zugunsten Dritter dar, auf den sich auch die Klägerin unmittelbar berufen könne. Im Ergebnis seien die Forderungen der I*****-Gruppe von 560.102.000 EUR daher für die Verlustzuweisungen nicht zu beachten. Zum 31. 12. 2013 habe der Bilanzverlust jedoch - 607.851.036,42 EUR, zum 31. 12. 2014 -609.573.234,41 EUR betragen. In beiden Jahren habe die nicht gebundene Kapitalrücklage 5.473.725,79 EUR und die Gewinnrücklage 25.009.895,36 EUR, insgesamt sohin 30.483.621,15 EUR betragen.

Der Umstand, dass die Aktionäre während der Laufzeit des Ergänzungskapitaldarlehens eine Ausschüttung von insgesamt 53.450.000 EUR erhalten hätten, ändere nichts an der bilanziellen Situation der Beklagten. Bejahte man eine Rückzahlungspflicht an die Klägerin, wären die übrigen Gläubiger, die keine Nachrangigkeit zugesichert hätten, gegenüber den Ergänzungskapitalgläubigern benachteiligt.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Im Gegensatz zum Erstgericht vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, die Rückstellungen seien nicht abzuziehen, sodass schon aus diesem Grund die Klägerin keinen Anspruch haben könne. Bei Punkt 11.1 des Aktienkaufvertrags handle es sich um keinen echten Vertrag zugunsten Dritter. Bei einem Eigeninteresse eines Vertragspartners sei ein unechter Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen; ein solcher Fall liege hier vor, weil primär die Beklagte ein Eigeninteresse an dieser Vertragsbestimmung hatte. Aus diesem Grund seien die Rückstellungen für nachrangige Forderungen der I*****-Gruppe bei Berechnung der Verlustzuweisungen an die Klägerin zu berücksichtigen und nicht herauszurechnen.

Unabhängig davon, ob ein Gewinn ausgeschüttet, vorgetragen oder in eine Gewinnrücklage eingestellt werde, müsse im Hinblick auf die Berechnung der Ansprüche der Ergänzungskapitalgläubiger der Gewinn mit Verlusten späterer Geschäftsjahre verrechnet werden, um den relevanten Nettoverlust im Sinne von § 23 Abs 7 Z 3 BWG zu erhalten. Die Gewinnausschüttungen in den Jahren 2007 bis 2009 würden nichts an der bilanziellen Situation der Beklagten ändern. Die Bejahung der Rückzahlungspflicht würde die übrigen nicht nachrangigen Gläubiger benachteiligen. Da die von der beklagten Partei ausgeschütteten Gewinne als Haftungsgrundlage bei Ablauf des Darlehensvertrags nicht mehr zur Verfügung stünden, seien sie nicht verlustmindernd in Abzug zu bringen. Unabhängig davon, ob ein Gewinn ausgeschüttet, vorgetragen oder in eine Gewinnrücklage eingestellt werde, müsse im Hinblick auf die Berechnung der

Ansprüche der Ergänzungskapitalgläubiger der Gewinn mit Verlusten späterer Geschäftsjahre verrechnet werden, um den relevanten Nettoverlust im Sinne von Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 3, BWG zu erhalten. Die Gewinnausschüttungen in den Jahren 2007 bis 2009 würden nichts an der bilanziellen Situation der Beklagten ändern. Die Bejahung der Rückzahlungspflicht würde die übrigen nicht nachrangigen Gläubiger benachteiligen. Da die von der beklagten Partei ausgeschütteten Gewinne als Haftungsgrundlage bei Ablauf des Darlehensvertrags nicht mehr zur Verfügung stünden, seien sie nicht verlustmindernd in Abzug zu bringen.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Auslegung von § 23 Abs 7 Z 3 BWG in der hier anzuwendenden Fassung und zur Frage der Berechnung der während der Laufzeit eines Ergänzungskapitaldarlehens angefallenen Nettoverluste nicht vorliegt. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Auslegung von Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 3, BWG in der hier anzuwendenden Fassung und zur Frage der Berechnung der während der Laufzeit eines Ergänzungskapitaldarlehens angefallenen Nettoverluste nicht vorliegt.

Hiezu hat der Oberste Gerichtshof erwohen:

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Während die Frage, ob ein Vertrag im Einzelfall richtig ausgelegt wurde, im Regelfall keine erhebliche Rechtsfrage darstellt (RIS-Justiz RS0042936, RS0042776), was grundsätzlich auch für die Auslegung von Nachrangigkeitsvereinbarungen nach § 67 Abs 3 IO gilt (8 Ob 85/10y), geht es im vorliegenden Fall um die Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen und vertraglichen Regelungen, die für eine Vielzahl von Gläubigern Bedeutung haben. Aus diesem Grund hat das Berufungsgericht zutreffend die Zulässigkeit der Revision bejaht, auch wenn die im vorliegenden Fall noch anzuwendende Bestimmung des § 23 Abs 7 Z 2 BWG idF vor der Novelle BGBl I 2009/152 zwischenzeitig mehrfach novelliert wurde. 1. Während die Frage, ob ein Vertrag im Einzelfall richtig ausgelegt wurde, im Regelfall keine erhebliche Rechtsfrage darstellt (RIS-Justiz RS0042936, RS0042776), was grundsätzlich auch für die Auslegung von Nachrangigkeitsvereinbarungen nach Paragraph 67, Absatz 3, IO gilt (8 Ob 85/10y), geht es im vorliegenden Fall um die Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen und vertraglichen Regelungen, die für eine Vielzahl von Gläubigern Bedeutung haben. Aus diesem Grund hat das Berufungsgericht zutreffend die Zulässigkeit der Revision bejaht, auch wenn die im vorliegenden Fall noch anzuwendende Bestimmung des Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, BWG in der Fassung vor der Novelle BGBl I 2009/152 zwischenzeitig mehrfach novelliert wurde.

2.1. § 23 Abs 7 BWG in der hier anzuwendenden Fassung BGBl I 2005/33 definiert Ergänzungskapital. Dabei handelt es sich um jene eingezahlten Eigenmittel, die vereinbarungsgemäß dem Kreditinstitut auf mindestens acht Jahre zur Verfügung gestellt werden und die seitens des Gläubigers nicht vor Ablauf dieser Frist gekündigt werden können. 2.1. Paragraph 23, Absatz 7, BWG in der hier anzuwendenden Fassung BGBl I 2005/33 definiert Ergänzungskapital. Dabei handelt es sich um jene eingezahlten Eigenmittel, die vereinbarungsgemäß dem Kreditinstitut auf mindestens acht Jahre zur Verfügung gestellt werden und die seitens des Gläubigers nicht vor Ablauf dieser Frist gekündigt werden können.

2.2. Mit § 23 BWG unter der Überschrift „Eigenmittel“ erfolgte die Umsetzung der Eigenmittelrichtlinie (RL 89/299/EWG; in der Folge eingearbeitet in 2006/48/EG). Die Bestimmung regelte, welche Passiva und sonstige Instrumente in welche Weise als Eigenmittel angerechnet werden können. 2.2. Mit Paragraph 23, BWG unter der Überschrift „Eigenmittel“ erfolgte die Umsetzung der Eigenmittelrichtlinie (RL 89/299/EWG; in der Folge eingearbeitet in 2006/48/EG). Die Bestimmung regelte, welche Passiva und sonstige Instrumente in welche Weise als Eigenmittel angerechnet werden können.

2.3. Bereits mit der Novelle zum Kreditwesengesetz 1986 (BGBl 1986/325) wurden den Banken mehrere neue Finanzierungsinstrumente zur Stärkung der Eigenkapitalbasis zur Verfügung gestellt. Das Ergänzungskapital wurde in § 12 Abs 7 KWG definiert und im Wesentlichen unverändert in das Bankwesengesetz 1993 (BGBl 1993/532) übernommen. 2.3. Bereits mit der Novelle zum Kreditwesengesetz 1986 (BGBl 1986/325) wurden den Banken mehrere neue Finanzierungsinstrumente zur Stärkung der Eigenkapitalbasis zur Verfügung gestellt. Das Ergänzungskapital wurde in Paragraph 12, Absatz 7, KWG definiert und im Wesentlichen unverändert in das Bankwesengesetz 1993 (BGBl 1993/532) übernommen.

2.4. Durch die Novelle BGBl I 2009/152 wurde § 23 Abs 7 Z 2 dahin geändert, dass Zinsen für Ergänzungskapital ausbezahlt werden dürfen, soweit sie in den ausschüttungsfähigen Gewinnen gedeckt seien. Die Wortfolge „vor Rücklagenbewegung“ wurde aufgehoben. Dem lag der Wunsch der Kreditwirtschaft zugrunde, das Coupon-Ausfallsrisiko zu vermindern und die Vermarktbarkeit des Instruments zu fördern. Viele Kreditinstitute mussten nämlich im Jahr 2008 Jahresfehlbeträge hinnehmen, konnten aber dennoch Bilanzgewinne ausweisen (Grünberger, Die neuen Ergänzungskapitalbestimmungen für Banken, RWZ 2010, 42).

2.4. Durch die Novelle BGBl I 2009/152 wurde Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, dahin geändert, dass Zinsen für Ergänzungskapital ausbezahlt werden dürfen, soweit sie in den ausschüttungsfähigen Gewinnen gedeckt seien. Die Wortfolge „vor Rücklagenbewegung“ wurde aufgehoben. Dem lag der Wunsch der Kreditwirtschaft zugrunde, das Coupon-Ausfallsrisiko zu vermindern und die Vermarktbarkeit des Instruments zu fördern. Viele Kreditinstitute mussten nämlich im Jahr 2008 Jahresfehlbeträge hinnehmen, konnten aber dennoch Bilanzgewinne ausweisen (Grünberger, Die neuen Ergänzungskapitalbestimmungen für Banken, RWZ 2010, 42).

2.5. Die Regelung über das Ergänzungskapital trat im Rahmen des als „Basel III“ bezeichneten Maßnahmenpakets ergangenen EU-Verordnung 575/2013 mit Ablauf des 31. 12. 2013 außer Kraft (BGBl I 2013/184).

2.5. Die Regelung über das Ergänzungskapital trat im Rahmen des als „Basel III“ bezeichneten Maßnahmenpakets ergangenen EU-Verordnung 575 aus 2013, mit Ablauf des 31. 12. 2013 außer Kraft (BGBl I 2013/184).

2.6. Eine vergleichbare Regelung fand sich in § 73c VAG aF. Demnach durften Zinsen für Ergänzungskapital nur ausbezahlt werden, soweit sie im Jahresüberschuss gedeckt waren. Der Jahresüberschuss wurde definiert als „handelsrechtlicher Gewinn vor Nettoveränderung von Rücklagen“ (§ 73c Abs 2 Z 2 VAG aF). Die Rückzahlung durfte vor Liquidation nur unter anteiligem Abzug der während seiner Laufzeit eingetretenen Nettoverluste erfolgen (§ 73c Abs 2 Z 3 VAG aF). Durch das VAG 2016 erfolgte in Umsetzung der Richtlinie 2009/138/EG eine völlige Neuausrichtung der Eigenmittelvorschriften (St. Korinek in Korinek/Saria/Saria, VAG [2016] § 169 Rz 1).

2.6. Eine vergleichbare Regelung fand sich in Paragraph 73 c, VAG aF. Demnach durften Zinsen für Ergänzungskapital nur ausbezahlt werden, soweit sie im Jahresüberschuss gedeckt waren. Der Jahresüberschuss wurde definiert als „handelsrechtlicher Gewinn vor Nettoveränderung von Rücklagen“ (Paragraph 73 c, Absatz 2, Ziffer 2, VAG aF). Die Rückzahlung durfte vor Liquidation nur unter anteiligem Abzug der während seiner Laufzeit eingetretenen Nettoverluste erfolgen (Paragraph 73 c, Absatz 2, Ziffer 3, VAG aF). Durch das VAG 2016 erfolgte in Umsetzung der Richtlinie 2009/138/EG eine völlige Neuausrichtung der Eigenmittelvorschriften (St. Korinek in Korinek/Saria/Saria, VAG [2016] Paragraph 169, Rz 1).

3.1. Nach § 23 Abs 7 Z 2 BWG in der Fassung vor der Novelle BGBl 2009/152 dürfen Zinsen für Ergänzungskapital nur ausbezahlt werden, soweit sie im Jahresüberschuss (vor Rücklagenbewegung) gedeckt sind. Nach § 23 Abs 7 Z 3 BWG aF dürfen Eigenmittel vor Liquidation nur unter anteiligem Abzug der während ihrer Laufzeit angefallenen Nettoverluste zurückgezahlt werden. § 23 Abs 7 Z 4 BWG normiert schließlich die Nachrangigkeit der Eigenmittel im Sinne des § 45 Abs 4 BWG.

3.1. Nach Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, BWG in der Fassung vor der Novelle BGBl 2009/152 dürfen Zinsen für Ergänzungskapital nur ausbezahlt werden, soweit sie im Jahresüberschuss (vor Rücklagenbewegung) gedeckt sind. Nach Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 3, BWG aF dürfen Eigenmittel vor Liquidation nur unter anteiligem Abzug der während ihrer Laufzeit angefallenen Nettoverluste zurückgezahlt werden. Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 4, BWG normiert schließlich die Nachrangigkeit der Eigenmittel im Sinne des Paragraph 45, Absatz 4, BWG.

3.2. Entscheidend ist daher, wie die „während der Laufzeit angefallenen Nettoverluste“ § 23 Abs 7 Z 3 BWG aF) zu berechnen sind. Diese Regelung entspricht nahezu wörtlich der seinerzeitigen Bestimmung des § 12 Abs 7 Z 3 KWG. Diese Bestimmung lautete: „Ergänzungskapital ist eingezahltes Kapital, das vor Liquidation nur unter anteiligem Abzug der während seiner Laufzeit angefallenen Nettoverluste zurückgezahlt werden darf.“ Zinsen durften für Ergänzungskapital nach § 12 Abs 7 Z 2 KWG nur bezahlt werden, wenn diese im „Reingewinn (handelsrechtlicher Gewinn unter Berücksichtigung der Nettoveränderung von Rücklagen)“ gedeckt waren.

3.2. Entscheidend ist daher, wie die „während der Laufzeit angefallenen Nettoverluste“ (Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 3, BWG aF) zu berechnen sind. Diese Regelung entspricht nahezu wörtlich der seinerzeitigen Bestimmung des Paragraph 12, Absatz 7, Ziffer 3, KWG. Diese Bestimmung lautete: „Ergänzungskapital ist eingezahltes Kapital, das vor Liquidation nur unter anteiligem Abzug der während seiner Laufzeit angefallenen Nettoverluste zurückgezahlt werden darf.“ Zinsen durften für Ergänzungskapital nach Paragraph 12, Absatz 7, Ziffer 2, KWG nur bezahlt werden, wenn diese im „Reingewinn (handelsrechtlicher Gewinn unter Berücksichtigung der Nettoveränderung von Rücklagen)“ gedeckt waren.

3.3. Zu dieser Bestimmung wurde vertreten, dass zur Ermittlung der während der Laufzeit des Ergänzungskapitals angefallenen „Nettoverluste“ alle Gewinne vor ihrer Verwendung zur Rücklagenbildung und zur Ausschüttung von Dividenden während der Laufzeit des Ergänzungskapitals zu addieren seien; aus Gewinnen abgedeckte Verlustvorträge seien den Gewinnen zuzurechnen. Diesen seien die in dieser Zeit eingetretenen Verluste gegenüberzustellen; hierbei sei von den Verlusten vor ihrer allfälligen Deckung aus Gewinnvorträgen, Eigenkapital insbesondere Rücklagen oder aus Zuschüssen zur Verlustdeckung auszugehen (Kastner, Verlustanteil des Ergänzungskapitals gemäß § 12 Abs 7 KWG, WBI 1988, 363).

3.3. Zu dieser Bestimmung wurde vertreten, dass zur Ermittlung der während der Laufzeit des Ergänzungskapitals angefallenen „Nettoverluste“ alle Gewinne vor ihrer Verwendung zur Rücklagenbildung und zur Ausschüttung von Dividenden während der Laufzeit des Ergänzungskapitals zu addieren seien; aus Gewinnen abgedeckte Verlustvorträge seien den Gewinnen zuzurechnen. Diesen seien die in dieser Zeit eingetretenen Verluste gegenüberzustellen; hierbei sei von den Verlusten vor ihrer allfälligen Deckung aus Gewinnvorträgen, Eigenkapital insbesondere Rücklagen oder aus Zuschüssen zur Verlustdeckung auszugehen (Kastner, Verlustanteil des Ergänzungskapitals gemäß Paragraph 12, Absatz 7, KWG, WBI 1988, 363).

3.4. Dem Wesen des Haftkapitals entspreche, dass sich der Anteil am Verlust nach der Höhe des Anteils am Haftkapital richte. Betrage zB das Haftkapital 1.000.000.000 S und das Ergänzungskapital 100.000.000 S, so betrage zu diesem Stichtag der Verlustanteil des Ergänzungskapitals 10 % (Kastner aaO). Um die Nettoverluste während der Laufzeit einer Ergänzungskapitalemission sachgerecht zu ermitteln, seien sowohl die Gewinne wie die Verluste nach dem jeweiligen Anteil der Ergänzungskapitalemission in den einzelnen Jahren der Laufzeit zu erfassen, weil dieser Anteil in den einzelnen Jahren verschieden hoch sein könne. Der aufgrund dieser Anteilsrechnung an Gewinnen und Verlusten im Zeitpunkt der Rückzahlung sich ergebende Nettosaldo sei vom Ergänzungskapital abzuziehen, wenn dieser Nettosaldo negativ ist, also ein Nettoverlust (Kastner aaO). Diese Auffassung Kastners fand seinerzeit auch die Zustimmung des Bundesministeriums für Finanzen (Kastner aaO).

4.1. Zu § 23 Abs 7 BWG aF werden im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen vertreten. Nach Göth (in Diwok/Göth, BWG [2005] § 23 Rz 51) komme ein Abzug vom zurückzuzahlenden Ergänzungskapital nur dann in Betracht, wenn der Saldo der Jahresgewinne/Jahresverluste, die während der Laufzeit des konkreten Teils des Ergänzungskapitals angefallen seien, keine Deckung in freien oder gebundenen Rücklagen finde. Die Rücklagen seien in die Betrachtung miteinzubeziehen, da Verluste im Liquidationsfall primär zu Lasten der Aktionäre und der Partizipanten gingen. Erst wenn alle Rücklagen aufgebraucht seien und das Kapital durch weitere Verluste in seiner Substanz angegriffen werde, erfolge eine anteilige Anlastung von Verlusten bei Auszahlung des Ergänzungskapitals. Werde demgegenüber das Kreditinstitut liquidiert, so seien Ergänzungskapitalgläubiger vor Partizipationskapital- zeichnern und Aktionären, jedoch nach allen anderen Gläubigern zu bedienen.

4.1. Zu Paragraph 23, Absatz 7, BWG aF werden im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen vertreten. Nach Göth (in Diwok/Göth, BWG [2005] Paragraph 23, Rz 51) komme ein Abzug vom zurückzuzahlenden Ergänzungskapital nur dann in Betracht, wenn der Saldo der Jahresgewinne/Jahresverluste, die während der Laufzeit des konkreten Teils des Ergänzungskapitals angefallen seien, keine Deckung in freien oder gebundenen Rücklagen finde. Die Rücklagen seien in die Betrachtung miteinzubeziehen, da Verluste im Liquidationsfall primär zu Lasten der Aktionäre und der Partizipanten gingen. Erst wenn alle Rücklagen aufgebraucht seien und das Kapital durch weitere Verluste in seiner Substanz angegriffen werde, erfolge eine anteilige Anlastung von Verlusten bei Auszahlung des Ergänzungskapitals. Werde demgegenüber das Kreditinstitut liquidiert, so seien Ergänzungskapitalgläubiger vor Partizipationskapital-, zeichnern und Aktionären, jedoch nach allen anderen Gläubigern zu bedienen.

4.2. Nach Grünberger (Die neuen Ergänzungskapitalbestimmungen für Banken, RWZ 2010, 42) sei § 23 Abs 7 Z 3 BWG durch die Novelle BGBl I 2009/152 zwar nicht geändert worden; diese Bestimmung sei jedoch durch die Änderung des § 23 Abs 7 Z 2 BWG mittelbar betroffen. § 23 Abs 7 Z 3 BWG bezwecke primär die proaktive Abwehr der Insolvenz, in dem das Ergänzungskapital schon „vor Liquidation“, also bereits im Going Concern, Verluste trage. Der Nettoverlust als eigenständiger Begriff sei im Sachzusammenhang mit § 23 Abs 7 Z 2 BWG auszulegen. Daher sei der Nettoverlust in Entsprechung des § 23 Abs 7 Z 2 BWG aF der Saldo der während der Laufzeit erzielenden Jahresüberschüsse und Jahresfehlbeträge. Nach der Novelle der Z 2 und der damit einhergehenden Änderung, wonach für die Auszahlung von Zinsen die Deckung im ausschüttungsfähigen Gewinn erforderlich geworden sei, habe sich der Sachzusammenhang geändert und die nunmehrige Berücksichtigung der Rücklagenbewegung bei der Zinsberechnung rechtfertige dies

auch für die Verlustanrechnung. 4.2. Nach Grünberger (Die neuen Ergänzungskapitalbestimmungen für Banken, RWZ 2010, 42) sei Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 3, BWG durch die Novelle BGBl I 2009/152 zwar nicht geändert worden; diese Bestimmung sei jedoch durch die Änderung des Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, BWG mittelbar betroffen. Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 3, BWG bezwecke primär die proaktive Abwehr der Insolvenz, in dem das Ergänzungskapital schon „vor Liquidation“, also bereits im Going Concern, Verluste trage. Der Nettoverlust als eigenständiger Begriff sei im Sachzusammenhang mit Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, BWG auszulegen. Daher sei der Nettoverlust in Entsprechung des Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, BWG aF der Saldo der während der Laufzeit erzielenden Jahresüberschüsse und Jahresfehlbeträge. Nach der Novelle der Ziffer 2 und der damit einhergehenden Änderung, wonach für die Auszahlung von Zinsen die Deckung im ausschüttungsfähigen Gewinn erforderlich geworden sei, habe sich der Sachzusammenhang geändert und die nunmehrige Berücksichtigung der Rücklagenbewegung bei der Zinsenberechnung rechtfertige dies auch für die Verlustanrechnung.

4.3. Nach Grünberger (aaO) kann die Berechnung der Verlustzuweisung auf zwei Arten erfolgen: Zum einen könne man als Nettoverlust den Saldo der Jahresgewinne und Jahresverluste (nach Rücklagenbewegung) während der Laufzeit definieren. Dieses Ergebnis sei unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage (Berücksichtigung von Rücklagenbewegungen bei Zinsenauszahlung) sachgerecht; nach alter Rechtslage könne auf die Rücklagenbewegung nicht abgestellt werden, da die Z 3 der Konkursvermeidung diene und damit noch kein unmittelbarer Zusammenhang zum Liquidationsfall bestehe. Die zweite Möglichkeit bestehe in der Heranziehung des aktuellen Bilanzverlusts, weil der Bilanzverlust selbst bereits einen „Nettoverlust“ aufgrund der durch Gewinn- und Verlustvorträgen bereits kumulierten Periodenergebnisse darstelle. Die Verlustzuweisung sei dispositiv, solange die Zielsetzung der Bestimmung verwirklicht sei, wonach Verluste bereits vor der Liquidation zu übernehmen seien. Dabei ist nach Grünberger auch eine stärkere Verlustzuweisung an das Ergänzungskapital möglich. Allerdings seien Rücklagen bei der Ermittlung des Schlüssels zur Verlustbeteiligung nicht nochmals einzubeziehen, da man Rücklagen ja zur Verlustabdeckung und damit zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen verwenden könne (Grünberger, RWZ 2010, 42 [43]). 4.3. Nach Grünberger (aaO) kann die Berechnung der Verlustzuweisung auf zwei Arten erfolgen: Zum einen könne man als Nettoverlust den Saldo der Jahresgewinne und Jahresverluste (nach Rücklagenbewegung) während der Laufzeit definieren. Dieses Ergebnis sei unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage (Berücksichtigung von Rücklagenbewegungen bei Zinsenauszahlung) sachgerecht; nach alter Rechtslage könne auf die Rücklagenbewegung nicht abgestellt werden, da die Ziffer 3, der Konkursvermeidung diene und damit noch kein unmittelbarer Zusammenhang zum Liquidationsfall bestehe. Die zweite Möglichkeit bestehe in der Heranziehung des aktuellen Bilanzverlusts, weil der Bilanzverlust selbst bereits einen „Nettoverlust“ aufgrund der durch Gewinn- und Verlustvorträgen bereits kumulierten Periodenergebnisse darstelle. Die Verlustzuweisung sei dispositiv, solange die Zielsetzung der Bestimmung verwirklicht sei, wonach Verluste bereits vor der Liquidation zu übernehmen seien. Dabei ist nach Grünberger auch eine stärkere Verlustzuweisung an das Ergänzungskapital möglich. Allerdings seien Rücklagen bei der Ermittlung des Schlüssels zur Verlustbeteiligung nicht nochmals einzubeziehen, da man Rücklagen ja zur Verlustabdeckung und damit zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen verwenden könne (Grünberger, RWZ 2010, 42 [43]).

4.4. Nach Dellinger/Burger/Puhm (in Dellinger, BWG § 23 Rz 71) könne die anteilige Verlustanteilmahme nur gleichrangige Eigenmittelbestandteile betreffen. Diese Verlustteilnahme könne erst dann greifen, wenn höherrangige Eigenmittelbestandteile (wie auch Rücklagen) aufgezehrt seien. Aufgrund des Umstands, dass der Begriff „Nettoverlust“ ein eigenständiger Begriff sei, der in seinem systematischen Zusammenhang mit den sonstigen Regelungsinhalten des § 23 Abs 7 BWG auszulegen sei, erscheine es in Anknüpfung an die geänderte Z 2 naheliegend, den Begriff des Nettoverlusts parallel zum GUV-Posten nach Rücklagenbewegung, also aus der Saldierung von Jahresgewinnen und Jahresverlusten abzuleiten. Ein Nettoverlust läge somit dann vor, wenn der Saldo der während der Laufzeit des Ergänzungskapitals erzielten Jahresgewinne bzw Jahresverluste einen negativen Wert zur Folge hätte. 4.4. Nach Dellinger/Burger/Puhm (in Dellinger, BWG Paragraph 23, Rz 71) könne die anteilige Verlustanteilmahme nur gleichrangige Eigenmittelbestandteile betreffen. Diese Verlustteilnahme könne erst dann greifen, wenn höherrangige Eigenmittelbestandteile (wie auch Rücklagen) aufgezehrt seien. Aufgrund des Umstands, dass der Begriff „Nettoverlust“ ein eigenständiger Begriff sei, der in seinem systematischen Zusammenhang mit den sonstigen Regelungsinhalten des Paragraph 23, Absatz 7, BWG auszulegen sei, erscheine es in Anknüpfung an die geänderte Ziffer 2, naheliegend, den Begriff des Nettoverlusts parallel zum GUV-Posten nach Rücklagenbewegung, also aus der

Saldierung von Jahresgewinnen und Jahresverlusten abzuleiten. Ein Nettoverlust läge somit dann vor, wenn der Saldo der während der Laufzeit des Ergänzungskapitals erzielten Jahresgewinne bzw Jahresverluste einen negativen Wert zur Folge hätte.

4.5. Auch nach Dellinger/Burger/Puhm/Hofmann/

Pomper ist der Anteil an den Nettoverlusten für jedes Jahr der Laufzeit gesondert zu ermitteln, da sich dieser Anteil über die Jahre der Laufzeit verschieben werde, einerseits aufgrund der erzielten Jahresergebnisse (so sie nicht ausgeschüttet werden), andererseits infolge zusätzlicher verlusttragender Eigenmittelemissionen bzw aufgrund des Abreifens verlusttragender Eigenmittelbestandteile (Fellinger/Burger/

Hofmann/Pomper in Dellinger, BWG [2016] § 23 Rz 72).4.5. Auch nach Dellinger/Burger/Puhm/Hofmann/, Pomper ist der Anteil an den Nettoverlusten für jedes Jahr der Laufzeit gesondert zu ermitteln, da sich dieser Anteil über die Jahre der Laufzeit verschieben werde, einerseits aufgrund der erzielten Jahresergebnisse (so sie nicht ausgeschüttet werden), andererseits infolge zusätzlicher verlusttragender Eigenmittelemissionen bzw aufgrund des Abreifens verlusttragender Eigenmittelbestandteile (Fellinger/Burger/, Hofmann/Pomper in Dellinger, BWG [2016] Paragraph 23, Rz 72).

4.6. Aus der Formulierung bei Dellinger ua, wonach es naheliegend erscheine, den Begriff des Nettoverlusts „nunmehr“ parallel zur Zinsregelung des § 23 Abs 7 Z 2 BWG idF BGBl I 2009/152 aus GUV-Posten nach Rücklagenbewegung, also aus Saldierung von Jahresgewinnen und Jahresverlusten, abzuleiten, ergibt sich, dass sich diese ausschließlich auf die im vorliegenden Fall noch nicht anzuwendende Rechtslage nach der Novelle BGBl I 2009/152 beziehen.4.6. Aus der Formulierung bei Dellinger ua, wonach es naheliegend erscheine, den Begriff des Nettoverlusts „nunmehr“ parallel zur Zinsregelung des Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, BWG in der Fassung BGBl I 2009/152 aus GUV-Posten nach Rücklagenbewegung, also aus Saldierung von Jahresgewinnen und Jahresverlusten, abzuleiten, ergibt sich, dass sich diese ausschließlich auf die im vorliegenden Fall noch nicht anzuwendende Rechtslage nach der Novelle BGBl I 2009/152 beziehen.

4.7. Nach Chini/Frölichsthal, Praxiskommentar zum Bankwesengesetz2 § 23 Anm 44 hat der Begriff „Nettoverluste“ die Bedeutung „handelsrechtlicher Verlust vor Berücksichtigung der Nettoveränderung von Rücklagen“.4.7. Nach Chini/Frölichsthal, Praxiskommentar zum Bankwesengesetz2 Paragraph 23, Anmerkung 44, hat der Begriff „Nettoverluste“ die Bedeutung „handelsrechtlicher Verlust vor Berücksichtigung der Nettoveränderung von Rücklagen“.

5.1. Der erkennende Senat schließt sich der Auffassung von Kastner zur Rechtslage nach dem KWG sowie jener von Chini/Frölichsthal an.

5.2. Damit ist für die Ermittlung der „Nettoverluste“ auf den Jahresüberschuss bzw Jahresfehlbetrag im Sinne des Punktes VI der Anlage 2 Teil 2 zu § 43 BWG (vgl auch § 231 Abs 2 Z 22 UGB) abzustellen. Für die Ausklammerung von Rücklagenbewegungen spricht, dass das Ergänzungskapital kein auf Dauer angelegtes Substanzrecht, sondern nur für eine bestimmte Zeit eine Verzinsung gewährt (vgl zur vergleichbaren Regelung des § 73c VAG aF Baran, VAG³ § 73c Anm 10). Aus demselben Grund sind auch noch vorhandene Rücklagen, die aus früheren Gewinnen dotiert wurden (die ja genauso ausgeschüttet werden hätten können) – entgegen der Ansicht der Klägerin – nicht ergebniserhöhend hinzuzurechnen.5.2. Damit ist für die Ermittlung der „Nettoverluste“ auf den Jahresüberschuss bzw Jahresfehlbetrag im Sinne des Punktes römisch sechs der Anlage 2 Teil 2 zu Paragraph 43, BWG vergleiche auch Paragraph 231, Absatz 2, Ziffer 22, UGB) abzustellen. Für die Ausklammerung von Rücklagenbewegungen spricht, dass das Ergänzungskapital kein auf Dauer angelegtes Substanzrecht, sondern nur für eine bestimmte Zeit eine Verzinsung gewährt vergleiche zur vergleichbaren Regelung des Paragraph 73 c, VAG aF Baran, VAG³ Paragraph 73 c, Anmerkung 10,). Aus demselben Grund sind auch noch vorhandene Rücklagen, die aus früheren Gewinnen dotiert wurden (die ja genauso ausgeschüttet werden hätten können) – entgegen der Ansicht der Klägerin – nicht ergebniserhöhend hinzuzurechnen.

5.3. Dadurch wird – ohne, dass diesem Umstand für sich genommen entscheidende Bedeutung zukäme – auch eine Parallele zur auf den vorliegenden Fall noch anzuwendenden Bestimmung des § 23 Abs 7 Z 2 BWG aF erreicht. Durch die Ausklammerung von Rücklagenbewegungen wird vermieden, dass bilanzielle Gestaltungsmöglichkeiten in Form der Bildung oder Auflösung von Rücklagen Einfluss auf die Verlusttragung durch die Ergänzungskapitalgläubiger entfalten. Damit besteht nach § 23 Abs 7 Z 2 BWG aF ein Anspruch auf Zinsen nur bei Erzielung eines „echten“ Überschusses, nicht bei einem bloßen Bilanzgewinn. Der in § 23 Abs 7 Z 3 BWG aF verwendete Begriff des „Nettoverlusts“ ist somit ein

spezifisches Maß für den Unternehmenserfolg für jenen Zeitraum, für den das Ergänzungskapital zur Verfügung gestellt wurde.^{5.3.} Dadurch wird – ohne, dass diesem Umstand für sich genommen entscheidende Bedeutung zukäme – auch eine Parallele zur auf den vorliegenden Fall noch anzuwendenden Bestimmung des Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, BWG aF erreicht. Durch die Ausklammerung von Rücklagenbewegungen wird vermieden, dass bilanzielle Gestaltungsmöglichkeiten in Form der Bildung oder Auflösung von Rücklagen Einfluss auf die Verlusttragung durch die Ergänzungskapitalgläubiger entfalten. Damit besteht nach Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, BWG aF ein Anspruch auf Zinsen nur bei Erzielung eines „echten“ Überschusses, nicht bei einem bloßen Bilanzgewinn. Der in Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 3, BWG aF verwendete Begriff des „Nettoverlusts“ ist somit ein spezifisches Maß für den Unternehmenserfolg für jenen Zeitraum, für den das Ergänzungskapital zur Verfügung gestellt wurde.

5.4. Diese Berechnungsmethode vermeidet auch ein Abstellen darauf, ob es zur Gewinnausschüttung gekommen ist oder nicht, zumal dies von der klagenden Partei in keiner Weise zu beeinflussen ist. Weil es auf die Gewinnausschüttung nicht ankommt, besteht aber auch für die von der Revision geforderte Hinzurechnung der seinerzeitigen Gewinnausschüttungen keine Grundlage.

5.5. Dazu kommt, dass die Klägerin das Darlehen erst am 15. 12. 2006 zugezählt hat, sodass auch nicht ersichtlich ist, wieso sie zur Gänze an der 2007 erfolgten Gewinnausschüttung für das Jahr 2006 partizipieren sollte. Eine Beteiligung an der Substanz des Unternehmens steht ihr als Ergänzungskapitalgläubigerin nach dem Gesagten gerade nicht zu; vielmehr hat sie – soweit diese im Jahresüberschuss Deckung finden (§ 23 Abs 7 Z 2 BWG aF) – Anspruch auf die vereinbarten Zinsen. Die von der klagenden Partei geforderte Hinzurechnung von Rücklagen übersieht zudem, dass diese teilweise aus den in den Jahren vor 2006 erzielten Jahresüberschüssen dotiert wurden.^{5.5.} Dazu kommt, dass die Klägerin das Darlehen erst am 15. 12. 2006 zugezählt hat, sodass auch nicht ersichtlich ist, wieso sie zur Gänze an der 2007 erfolgten Gewinnausschüttung für das Jahr 2006 partizipieren sollte. Eine Beteiligung an der Substanz des Unternehmens steht ihr als Ergänzungskapitalgläubigerin nach dem Gesagten gerade nicht zu; vielmehr hat sie – soweit diese im Jahresüberschuss Deckung finden (Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 2, BWG aF) – Anspruch auf die vereinbarten Zinsen. Die von der klagenden Partei geforderte Hinzurechnung von Rücklagen übersieht zudem, dass diese teilweise aus den in den Jahren vor 2006 erzielten Jahresüberschüssen dotiert wurden.

6.1. Während wegen Abstellens auf den jeweiligen Jahresüberschuss bzw Jahresfehlbetrag im Sinne des Punktes VI Anlage 2 zum BWG (vgl auch § 231 Abs 2 Z 22 UGB) Rückstellungen, daher auch solche für ungewisse Verbindlichkeiten (dazu allgemein vgl Nowotny in Wiener Kommentar UGB § 198 Rz 131 ff), grundsätzlich zu berücksichtigen sind, gilt dies im vorliegenden Fall nicht für die für die Forderungen der I*****-Gruppe vorgenommenen Rückstellungen:^{6.1.} Während wegen Abstellens auf den jeweiligen Jahresüberschuss bzw Jahresfehlbetrag im Sinne des Punktes römisch sechs Anlage 2 zum BWG vergleiche auch Paragraph 231, Absatz 2, Ziffer 22, UGB) Rückstellungen, daher auch solche für ungewisse Verbindlichkeiten (dazu allgemein vergleiche Nowotny in Wiener Kommentar UGB Paragraph 198, Rz 131 ff), grundsätzlich zu berücksichtigen sind, gilt dies im vorliegenden Fall nicht für die für die Forderungen der I*****-Gruppe vorgenommenen Rückstellungen:

6.2. Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Auslegung von Verträgen nach § 914 ABGB sämtliche den Vertragsabschluss begleitende Umstände zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0113932). Nach § 881 Abs 2 ABGB ist im Zweifel ein echter Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen (RIS-Justiz RS0017107). Dabei stellt der mit dem Vertrag verfolgte Zweck ein wichtiges objektives Indiz dar (§ 881 Abs 2 Satz 1 ABGB).^{6.2.} Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Auslegung von Verträgen nach Paragraph 914, ABGB sämtliche den Vertragsabschluss begleitende Umstände zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0113932). Nach Paragraph 881, Absatz 2, ABGB ist im Zweifel ein echter Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen (RIS-Justiz RS0017107). Dabei stellt der mit dem Vertrag verfolgte Zweck ein wichtiges objektives Indiz dar (Paragraph 881, Absatz 2, Satz 1 ABGB).

6.3. Im Hinblick auf die ausdrückliche Erwähnung der Klägerin und anderer Ergänzungskapitalgläubiger im Punkt 11. des Aktienkaufvertrags ist diese Bestimmung als echter Vertrag zugunsten Dritter anzusehen. Dafür spricht auch die Feststellung des Erstgerichts, wonach Punkt 11. über die Nachrangigkeit über ausdrücklichen Wunsch der Klägerin aufgenommen wurde, weil zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses klar war, dass sonst die Möglichkeit der Rückzahlung des begebenen Ergänzungskapitals nicht möglich sein werde. Wäre es bei dieser Regelung nur darum gegangen, die Organe der beklagten Partei von der Notwendigkeit zu befreien, wegen der Forderungen der I*****-Gruppe einen Insolvenzantrag zu stellen, hätte eine bloße Nachrangstellung der I*****-Forderungen gegenüber allen Gläubigern genügt, ohne speziell die Gläubiger aus Ergänzungskapital zusätzlich zu erwähnen.

6.4. Die Vertraulichkeit des Aktienkaufvertrags spricht nicht gegen die Annahme eines echten Vertrags zugunsten Dritter, zumal die beklagte Partei auch Partei dieses Vertrags ist und Mitarbeiter der Rechtsvorgängerin der klagenden Partei an den Vertragshandlungen teilgenommen haben. Gegen die Berücksichtigung dieser Rückstellungen spricht nicht nur die Nachrangigkeit dieser Forderungen, die von vornherein ausschließt, dass Maßnahmen zugunsten dieser Forderungen zu Lasten anderer, nicht nachrangiger Gläubiger gehen, sondern auch der festgestellte Zweck der im Aktienkaufvertrag enthaltenen Nachrangigkeitsvereinbarung. Diese sollte doch gerade dazu dienen, eine Bedienung der Ergänzungskapitalgläubiger zu ermöglichen.

6.5. Einer derartigen Vereinbarung steht auch nicht entgegen, dass § 23 Abs 7 BWG aF grundsätzlich zwingender Natur ist. Die Nachrangigkeitsvereinbarung betrifft hier die I*****-Gruppe und die Ergänzungskapitalgläubiger, schützt aber auch alle anderen Gläubiger. Auf die Kapitalausstattung der beklagten Partei (und damit auf andere Gläubiger) hat eine derartige Vereinbarung keinen Einfluss. Einer derartigen Regelung steht der Zweck der Bestimmungen über das Ergänzungskapital nicht entgegen. Auf die in der Literatur erörterten zusätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten (vgl. Dellinger/Burger/Puhm/Pomper in Dellinger, BWG § 23 Rz 72 mwN) ist im vorliegenden Fall nicht näher einzugehen, weil die Parteien von einer derartigen Gestaltungsmöglichkeit nicht Gebrauch gemacht haben. 6.5. Einer derartigen Vereinbarung steht auch nicht entgegen, dass Paragraph 23, Absatz 7, BWG aF grundsätzlich zwingender Natur ist. Die Nachrangigkeitsvereinbarung betrifft hier die I*****-Gruppe und die Ergänzungskapitalgläubiger, schützt aber auch alle anderen Gläubiger. Auf die Kapitalausstattung der beklagten Partei (und damit auf andere Gläubiger) hat eine derartige Vereinbarung keinen Einfluss. Einer derartigen Regelung steht der Zweck der Bestimmungen über das Ergänzungskapital nicht entgegen. Auf die in der Literatur erörterten zusätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten vergleiche Dellinger/Burger/Puhm/Pomper in Dellinger, BWG Paragraph 23, Rz 72 mwN) ist im vorliegenden Fall nicht näher einzugehen, weil die Parteien von einer derartigen Gestaltungsmöglichkeit nicht Gebrauch gemacht haben.

6.6. Die Argumentation der beklagten Partei, auch nachrangige Verbindlichkeiten seien zu passivieren, sofern nicht ein Rangrücktritt im Sinne des § 67 Abs 3 IO vorliegt, trifft zwar zu. Genau auf eine Vermeidung des Insolvenzverfahrens zielt die Vereinbarung aber ab. Soweit die beklagte Partei auf dem Standpunkt steht, die Forderungen der I*****-Gruppe seien zwar für Zwecke der Insolvenzantragspflicht nachrangig, nicht jedoch in einem allfälligen Insolvenzverfahren selbst, ist dem entgegenzuhalten, dass eine derartige „Aufspaltung“ der mit der Nachrangigkeit verbundenen Rechtswirkungen nicht vorgesehen ist. Der Hinweis auf die im Vergleich zu § 67 Abs 3 IO niedrigeren Anforderungen an die Nachrangigkeit in § 45 Abs 4 BWG aF (nunmehr § 51 Abs 9 BWG) übersieht, dass hier die Nachrangigkeit ja gerade die Insolvenz verhindern sollte. 6.6. Die Argumentation der beklagten Partei, auch nachrangige Verbindlichkeiten seien zu passivieren, sofern nicht ein Rangrücktritt im Sinne des Paragraph 67, Absatz 3, IO vorliegt, trifft zwar zu. Genau auf eine Vermeidung des Insolvenzverfahrens zielt die Vereinbarung aber ab. Soweit die beklagte Partei auf dem Standpunkt steht, die Forderungen der I*****-Gruppe seien zwar für Zwecke der Insolvenzantragspflicht nachrangig, nicht jedoch in einem allfälligen Insolvenzverfahren selbst, ist dem entgegenzuhalten, dass eine derartige „Aufspaltung“ der mit der Nachrangigkeit verbundenen Rechtswirkungen nicht vorgesehen ist. Der Hinweis auf die im Vergleich zu Paragraph 67, Absatz 3, IO niedrigeren Anforderungen an die Nachrangigkeit in Paragraph 45, Absatz 4, BWG aF (nunmehr Paragraph 51, Absatz 9, BWG) übersieht, dass hier die Nachrangigkeit ja gerade die Insolvenz verhindern sollte.

7. Die von den Vorinstanzen zitierten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs 2 Ob 84/13m und 6 Ob 90/14z sind im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig. Einerseits betreffen diese eine andere Rücklage, nämlich die Haftrücklage nach § 23 Abs 6 BWG aF. Eine derartige Rücklage hat die beklagte Partei zum maßgeblichen Bilanzstichtag 31. 12. 2014 aber nicht gebildet. Vor allem aber geht die Argumentation der klagenden Partei, die Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung des § 183 AktG seien auch auf die Ergänzungskapitalgläubiger anzuwenden, damit diese nicht schlechter behandelt würden als Aktionäre, schon deshalb ins Leere, weil das Ergänzungskapital – im Gegensatz zum Partizipationskapital – einer Kapitalherabsetzung nicht zugänglich ist (Baran, VAG³ § 73c Anm 11). Es kann daher nicht in der für Eigenmittel typischen Weise zur Deckung von Verlusten herangezogen werden. Vielmehr enthält § 23 Abs 7 BWG aF eine speziellere Regelung über die Verlusttragung durch die Ergänzungskapitalgläubiger. Diese bewirkt eine nachträgliche mittelbare Verlustabdeckung, weil die Differenz zwischen Nennbetrag und geringerem Rückzahlungsbetrag einen Ertrag des Bankunternehmens bildet (vgl. Baran aaO). 7. Die von den Vorinstanzen zitierten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs 2 Ob 84/13m und 6 Ob 90/14z sind im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig. Einerseits betreffen diese eine andere Rücklage, nämlich die Haftrücklage nach Paragraph 23, Absatz 6,

BWG aF. Eine derartige Rücklage hat die beklagte Partei zum maßgeblichen Bilanzstichtag 31. 12. 2014 aber nicht gebildet. Vor allem aber geht die Argumentation der klagenden Partei, die Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung des Paragraph 183, AktG seien auch auf die Ergänzungskapitalgläubiger anzuwenden, damit diese nicht schlechter behandelt würden als Aktionäre, schon deshalb ins Leere, weil das Ergänzungskapital – im Gegensatz zum Partizipationskapital – einer Kapitalherabsetzung nicht zugänglich ist (Baran, VAG³ Paragraph 73 c, Anmerkung 11,). Es kann daher nicht in der für Eigenmittel typischen Weise zur Deckung von Verlusten herangezogen werden. Vielmehr enthält Paragraph 23, Absatz 7, BWG aF eine speziellere Regelung über die Verlusttragung durch die Ergänzungskapitalgläubiger. Diese bewirkt eine nachträgliche mittelbare Verlustabdeckung, weil die Differenz zwischen Nennbetrag und geringerem Rückzahlungsbetrag einen Ertrag des Bankunternehmens bildet (vergleiche Baran aaO).

8.1. Zusammenfassend ist daher hier zur Ermittlung des „Nettoverlusts“ zunächst das durchschnittliche gezeichnete Kapital (Grundkapital) der beklagten Partei für jedes Geschäftsjahr während der Laufzeit des Ergänzungskapitals zu ermitteln. Anschließend ist für den selben Zeitraum für jedes Geschäftsjahr das jeweilige durchschnittliche Nominale an Ergänzungskapital (aller Tranchen) zu ermitteln. Sodann sind das durchschnittliche gezeichnete Kapital und das durchschnittliche Ergänzungskapital für jedes Geschäftsjahr zu addieren. Hierauf ist das durchschnittliche Nominale des von der Klägerin gezeichneten Ergänzungskapitals seit der Emission bis zur Fälligkeit zu ermitteln, wobei die Jahre 2006 und 2014 zu aliquotieren sind. In der Folge ist – wiederum für jedes Jahr der Laufzeit – der Anteil des von der Klägerin gezeichneten Ergänzungskapitals am gesamten durchschnittlichen Kapital (gezeichnetes Kapital und Ergänzungskapital) zu errechnen. Sodann sind die Jahresüberschüsse/-fehlbeträge für das jeweilige Geschäftsjahr anzusetzen. Anschließend sind die Zinsaufwendungen für das Ergänzungskapital ergebniserhöhend hinzuzurechnen.

8.2. Von diesem solcherart ermittelten Jahresüberschuss/-fehlbetrag ist der Anteil des von der Klägerin gezeichneten Ergänzungskapitals am jeweiligen Jahresüberschuss/-fehlbetrag zu ermitteln. Hievon sind die an die Klägerin ausbezahlten Zinsen abzuziehen, die zunächst den Ergebnissen hinzugerechnet wurden. Die sich daraus ergebenden anteiligen Jahresüberschüsse/-fehlbeträge sind schließlich für die gesamte Laufzeit des Ergänzungskapitals zu saldieren und dem Nominale des von der klagenden Partei gezeichneten Ergänzungskapitals gegenüberzustellen.

8.3. Bei dieser Berechnung ergibt sich ein auf die Klägerin entfallender Verlustanteil von 12.298.838 EUR (vgl Blg /2). Aus dieser Berechnung sind bereits Dotierungen von Rückstellungen für nachrangige Verbindlichkeiten herausgerechnet (AS 55 = S 7 in ON 8 sowie letztes Blatt in Blg /2). Die ziffernmäßige Richtigkeit dieser von der beklagten Partei bereits im erstinstanzlichen Verfahren angestellten Berechnung wurde von der klagenden Partei nicht bestritten. Damit ist aber die Darlehensforderung der klagenden Partei durch den von ihr zu tragenden Anteil an den Nettoverlusten aufgezehrt.8.3. Bei dieser Berechnung ergibt sich ein auf die Klägerin entfallender Verlustanteil von 12.298.838 EUR (vergleiche Blg /2). Aus dieser Berechnung sind bereits Dotierungen von Rückstellungen für nachrangige Verbindlichkeiten herausgerechnet (AS 55 = S 7 in ON 8 sowie letztes Blatt in Blg /2). Die ziffernmäßige Richtigkeit dieser von der beklagten Partei bereits im erstinstanzlichen Verfahren angestellten Berechnung wurde von der klagenden Partei nicht bestritten. Damit ist aber die Darlehensforderung der klagenden Partei durch den von ihr zu tragenden Anteil an den Nettoverlusten aufgezehrt.

9.1. Die von der Klägerin vorgeschlagenen alternativen Berechnungsmöglichkeiten gehen demgegenüber von unzutreffenden Prämissen aus. Die Klägerin unternimmt eine Rückrechnung ausgehend vom Bilanzverlust 2014, wobei sie jedoch auch die noch vorhandenen Rücklagen hinzurechnet. Gegen die von der klagenden Partei vorgenommene Aggregierung und „Rückwärtsrechnung“ vom aktuellen Bilanzstichtag spricht schon auf Ebene des Wortlauts der Plural „Nettoverluste“ in § 23 Abs 7 Z 3 BWG aF. Außerdem kann dadurch der prozentuelle Anteil der Ergänzungskapitalgläubiger an den Verlusten nicht ermittelt werden, weil dieser sich jährlich ändern kann.9.1. Die von der Klägerin vorgeschlagenen alternativen Berechnungsmöglichkeiten gehen demgegenüber von unzutreffenden Prämissen aus. Die Klägerin unternimmt eine Rückrechnung ausgehend vom Bilanzverlust 2014, wobei sie jedoch auch die noch vorhandenen Rücklagen hinzurechnet. Gegen die von der klagenden Partei vorgenommene Aggregierung und „Rückwärtsrechnung“ vom aktuellen Bilanzstichtag spricht schon auf Ebene des Wortlauts der Plural „Nettoverluste“ in Paragraph 23, Absatz 7, Ziffer 3, BWG aF. Außerdem kann dadurch der prozentuelle Anteil der Ergänzungskapitalgläubiger an den Verlusten nicht ermittelt werden, weil dieser sich jährlich ändern kann.

9.2. Soweit die Klägerin in den Alternativberechnungen Rz 51 und 52 der Revision die Rücklagen ausklammert, legt sie auch dieser Berechnung den Gewinnvortrag aus Zeiträumen vor Zeichnung der gegenständlichen Emission zugrunde.

Die Eventualberechnung Rz 61 basiert auf der unzutreffenden Annahme, dass die bei Fälligkeit des Ergänzungskapitals vorhandenen Rücklagen zur Gänze hinzuzurechnen sind.

10. Zusammenfassend erweisen sich die Entscheidungen der Vorinstanzen im Ergebnis daher als frei von Rechtsirrtum, sodass der unbegründeten Revision ein Erfolg zu versagen war.

11. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO¹¹. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf Paragraphen 41, 50, ZPO.

Textnummer

E114924

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2016:0060OB00087.16M.0530.000

Im RIS seit

29.06.2016

Zuletzt aktualisiert am

15.03.2017

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at