

TE OGH 2014/4/29 2Ob84/13m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.04.2014

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Mag. Malesich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Land Kärnten, vertreten durch Hausmaninger Kletter Rechtsanwälte - Gesellschaft mbH in Wien, gegen die beklagte Partei H***** AG, *****, vertreten durch Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH in Wien, wegen Feststellung (Streitinteresse: 300.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 29. Jänner 2013, GZ 5 R 215/12t-16, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 16. Juli 2012, GZ 46 Cg 152/11i-9, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 17. September 2012, GZ 46 Cg 152/11i-13, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es zu lauten hat:

„Es wird mit Wirkung zwischen den Parteien festgestellt, dass die am 30. 5. 2011 beschlossene Herabsetzung des Nennbetrags der vom Land Kärnten auf Grundlage der Bedingungen der auf Namen lautenden 30.772.982 EUR Partizipationsschein-Emission 2009 der H***** AG gezeichneten Partizipationsscheine durch die H***** AG gesetzwidrig war.“

Im Übrigen, hinsichtlich der Abweisung der weiteren fünf Feststellungsbegehren, wird das angefochtene Urteil bestätigt.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 13.192,03 EUR (darin 1.391,61 EUR USt und 4.842,34 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei ist ein konzessioniertes Kreditinstitut im Sinne des BWG, das im Zuge der internationalen Finanzkrise in eine finanzielle Notlage geriet. Erstmals im Jahr 2008 bezog die beklagte Partei Partizipationskapital aus dem Beihilfenpaket der Republik Österreich. Im Jahr 2009 benötigte die beklagte Partei neuerlich Kapital, um die Mindestkernkapitalquote einzuhalten und die Insolvenz zu vermeiden. Die klagende Partei trifft gemäß § 5 Kärntner Landesholding-Gesetz (K-LHG) die Haftung als Ausfallsbürge für sämtliche Verbindlichkeiten der beklagten Partei, die im Falle der Insolvenz schlagend werden würde. Die beklagte Partei ist ein konzessioniertes Kreditinstitut im Sinne des BWG, das im Zuge der internationalen Finanzkrise in eine finanzielle Notlage geriet. Erstmals im Jahr 2008 bezog die beklagte Partei Partizipationskapital aus dem Beihilfenpaket der Republik Österreich. Im Jahr 2009 benötigte die

beklagte Partei neuerlich Kapital, um die Mindestkernkapitalquote einzuhalten und die Insolvenz zu vermeiden. Die klagende Partei trifft gemäß Paragraph 5, Kärntner Landesholding-Gesetz (K-LHG) die Haftung als Ausfallsbürge für sämtliche Verbindlichkeiten der beklagten Partei, die im Falle der Insolvenz schlagend werden würde.

Da die damaligen Eigentümer der beklagten Partei nicht mehr in der Lage waren, das notwendige Kapital zur Verfügung zu stellen, wurde die beklagte Partei verstaatlicht. Im Zuge dessen beschlossen der Bund und die damaligen Eigentümer der beklagten Partei Maßnahmen, um das „Tier-I-Eigenkapital“ zu stärken. Eine dieser Maßnahmen war die Zeichnung von Partizipationskapital durch die klagende Partei und zwei weitere Investoren.

Mit der Ausgabe von Partizipationsscheinen an die klagende Partei sollte das von dieser (schon früher) gezeichnete Ergänzungskapital („Tier-II“) in „Tier-I-fähiges“ Partizipationskapital umgewandelt werden. Bei dem ursprünglich gezeichneten Ergänzungskapital waren Verluste der beklagten Partei in der Vergangenheit laufend angerechnet worden. Es war ein bewegliches Kapitalkonto eingerichtet, auf dem Gewinne und Verluste verbucht worden sind.

Konkret zeichnete die klagende Partei am 30. 12. 2009 von der beklagten Partei ausgegebene Partizipationsscheine im Gesamtnennbetrag von 30.772.982 EUR. Die Dividendennachzahlungspflicht und das Wandlungsrecht wurden ausgeschlossen, um die unbegrenzte Anrechnung des Partizipationskapitals auf das Kernkapital zu gewährleisten. Außerdem wurde vereinbart, dass - frühestens ab 2013 - eine Dividende in Höhe von 6 % des Nennbetrags an die klagende Partei bezahlt werden soll.

Die vertragliche Grundlage für die Emission von Partizipationsscheinen bildeten der Zeichnungsvertrag („Wandlung“) und die Partizipationsscheinbedingungen je vom 30. 12. 2009.

Der Zeichnungsvertrag lautet auszugsweise:

„Vorbemerkungen

[...]

F. Die H***** beabsichtigt, die vom Land Kärnten gezeichnete Nominale EUR 50.000.000,--, und zwar 500 Stück zur Nominale von je EUR 100.000,--, der 6,875 % Ergänzungskapital-Anleihe 2002-2014 [...] rückzukaufen und zu tilgen.

G. Angestrebtes wirtschaftliches Ziel der H***** und des Landes Kärnten ist es, vom Land Kärnten gezeichnetes Ergänzungskapital von EUR 50.000.000,-- in Tier-I-fähiges Partizipationskapital umzuwandeln.

1. Rückkauf der H***** von Teilen des Ergänzungskapitals

1.1 Die H***** kauft die vom Land Kärnten gezeichnete Nominale EUR 50.000.000,--, und zwar 500 Stück zu Nominale von je EUR 100.000,--, der 6,875 % Ergänzungskapital-Anleihe zurück und tilgt sie.

[...]

2. Ausgabe und Zeichnung der Partizipationsscheine

2.1 Die H***** verpflichtet sich, am 30. 12. 2009 (der 'Valutatag') 615 [...] Stück auf den Namen der Zeichnerin lautende, vinkulierte Partizipationsscheine mit einem Nennbetrag von jeweils EUR 50.000,-- [...] und einen auf den Namen der Zeichnerin lautenden, vinkulierten Partizipationsschein mit einem Nennbetrag von EUR 22.982,-- [...], daher insgesamt 616 [...] Stück Partizipationsscheine mit einem Gesamtnennbetrag von EUR 30.772.982,-- [...], gemäß den Partizipationsscheinbedingungen, die diesem Zeichnungsvertrag als Anlage 2.1 beigefügt sind (die 'Partizipationsscheine'), entsprechend den Vorschriften dieses Vertrages an die Zeichnerin auszugeben.

[...]

4. Emissionspreis und Rückkaufpreis

4.1 Der Emissionspreis [...] beträgt daher für alle [...] übernommenen Partizipationsscheine insgesamt EUR 30.772.982,-.-

4.2 Der Emissionspreis ist am Valutatag zur Zahlung an die H***** fällig. Der Emissionspreis ist spesen- und abzugsfrei zu entrichten.

4.3 Der Rückkauf der vom Land Kärnten gezeichneten 6,875 % Ergänzungskapital-Anleihe durch die H***** erfolgt zum Rückkaufpreis. Der Rückkaufpreis [...] beträgt daher insgesamt EUR 30.772.982,-- und ist am Valutatag fällig.

4.4 Die H***** und das Land Kärnten vereinbaren, dass der Rückkaufpreis mit dem Emissionspreis aufgerechnet wird. Der Rückkaufpreis und der Emissionspreis sind damit vollständig abgegolten.

4.5 Die Übergabe der Sammelurkunde an die Zeichnerin erfolgt Zug um Zug mit Aufrechnung gemäß Punkt 4.4.

4.6 Alle Ansprüche des Landes Kärnten gegen die H*****, die dem Land Kärnten aus der 6,875 % Ergänzungskapital-Anleihe selbst oder aus der Tatsache des Rückkaufs durch die H***** zustehen, sind mit erfolgter Aufrechnung gemäß Punkt 4.4 vollständig abgegolten.

[...]"

Die für den Rechtsstreit wesentlichen Bestimmungen der Partizipationsscheinbedingungen (nachfolgend: PS-Bedingungen) lauten:

„§ 1 Form, Nennbetrag, Stückelung

Die H***** [...] (die 'Emittentin') begibt im Wege einer Privatplatzierung am 30. 12. 2009 (der 'Valutatag') auf Namen lautendes Partizipationskapital gemäß § 23 Abs 4 BWG ohne Dividendennachzahlungsverpflichtung (§ 23 Abs 3 Z 8 BWG) und ohne Wandlungsrecht (die 'Partizipationsscheine'). Das Partizipationskapital ist qualifiziert als Kernkapital gemäß § 23 Abs 14 BWG. Der Gesamtnennbetrag in Höhe von EUR 30.772.982,00 [...] ist aufgeteilt in 615 [...] Stück Partizipationsscheine mit einem Nennbetrag von je EUR 50.000,00 [...] und einem Partizipationsschein mit einem Nennbetrag von EUR 22.982,00 [...]. Die H***** [...] (die 'Emittentin') begibt im Wege einer Privatplatzierung am 30. 12. 2009 (der 'Valutatag') auf Namen lautendes Partizipationskapital gemäß Paragraph 23, Absatz 4, BWG ohne Dividendennachzahlungsverpflichtung (Paragraph 23, Absatz 3, Ziffer 8, BWG) und ohne Wandlungsrecht (die 'Partizipationsscheine'). Das Partizipationskapital ist qualifiziert als Kernkapital gemäß Paragraph 23, Absatz 14, BWG. Der Gesamtnennbetrag in Höhe von EUR 30.772.982,00 [...] ist aufgeteilt in 615 [...] Stück Partizipationsscheine mit einem Nennbetrag von je EUR 50.000,00 [...] und einem Partizipationsschein mit einem Nennbetrag von EUR 22.982,00 [...].

[...]

§ 4 Rechtsform, Rang Paragraph 4, Rechtsform, Rang

(1) Rechtsform. Die Partizipationsscheine stellen eingezahltes Partizipationskapital ohne Dividendennachzahlungsverpflichtungen und ohne Wandlungsrecht gemäß § 23 Abs 4 BWG dar. (1) Rechtsform. Die Partizipationsscheine stellen eingezahltes Partizipationskapital ohne Dividendennachzahlungsverpflichtungen und ohne Wandlungsrecht gemäß Paragraph 23, Absatz 4, BWG dar.

[...]

§ 5 Gewinnabhängige Dividendenausschüttungen Paragraph 5, Gewinnabhängige Dividendenausschüttungen

(1) Dividendenausschüttung. Die bei Vorliegen der gesetzlichen Bedingungen zu leistende Dividende auf die Partizipationsscheine ist bezogen auf ihren Nennbetrag in einer Höhe von 6 % p.a. vorzusehen. Die Dividende fällt erstmals für das im Jahr 2013 beginnende Geschäftsjahr an.

[...]

§ 6 Rückzahlung Paragraph 6, Rückzahlung

(1) Keine vorgegebene Laufzeit. Die Partizipationsscheine haben kein Endfälligkeitsdatum und können vor Ende der Unternehmensdauer nur gemäß den Bestimmungen dieses § 6 zurückgezahlt werden. Die Partizipanten verzichten gemäß § 23 Abs 4 Z 1 BWG auf ihr ordentliches und außerordentliches Kündigungsrecht. (1) Keine vorgegebene Laufzeit. Die Partizipationsscheine haben kein Endfälligkeitsdatum und können vor Ende der Unternehmensdauer nur gemäß den Bestimmungen dieses Paragraph 6, zurückgezahlt werden. Die Partizipanten verzichten gemäß Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer eins, BWG auf ihr ordentliches und außerordentliches Kündigungsrecht.

(2) Rückzahlung. Die Emittentin kann die Partizipationsscheine - soweit gesetzlich zulässig auch in Teilen - unter analoger Anwendung der Bestimmungen des Aktiengesetzes über Kapitalherabsetzungen oder durch eine Einziehung gemäß § 102a BWG vor Ende der Unternehmensdauer zurückzahlen. Der Rückzahlungsbetrag beträgt höchstens 100 % des Nennwertes. (2) Rückzahlung. Die Emittentin kann die Partizipationsscheine - soweit gesetzlich zulässig auch in

Teilen - unter analoger Anwendung der Bestimmungen des Aktiengesetzes über Kapitalherabsetzungen oder durch eine Einziehung gemäß Paragraph 102 a, BWG vor Ende der Unternehmensdauer zurückzahlen. Der Rückzahlungsbetrag beträgt höchstens 100 % des Nennwertes.

§ 7 Teilnahme am VerlustParagraph 7, Teilnahme am Verlust

Bei Rückzahlung vor Liquidation der Emittentin und im Falle einer nominellen Kapitalherabsetzung nehmen die Partizipationsscheine im selben Ausmaß wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am unternehmensrechtlichen Verlust teil (§ 23 Abs 4 Z 4 BWG).Bei Rückzahlung vor Liquidation der Emittentin und im Falle einer nominellen Kapitalherabsetzung nehmen die Partizipationsscheine im selben Ausmaß wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am unternehmensrechtlichen Verlust teil (Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG).

[...]

§ 9 Rechte der PartizipantenParagraph 9, Rechte der Partizipanten

(1) Teilnahme- und Auskunftsrecht. Soweit § 23 Abs 5 BWG oder eine andere Bestimmung, die an die Stelle von § 23 Abs 5 BWG tritt, dies vorsieht, haben Partizipanten das Recht, an der Hauptversammlung der Emittentin teilzunehmen und Auskünfte im Sinne des § 118 AktG zu begehren. Solange die Partizipanten gemäß den Bestimmungen des BWG das Recht zur Teilnahme an Hauptversammlungen haben, werden die Partizipanten gemäß den Bestimmungen des Aktiengesetzes zu den Hauptversammlungen der Emittentin eingeladen.(1) Teilnahme- und Auskunftsrecht. Soweit Paragraph 23, Absatz 5, BWG oder eine andere Bestimmung, die an die Stelle von Paragraph 23, Absatz 5, BWG tritt, dies vorsieht, haben Partizipanten das Recht, an der Hauptversammlung der Emittentin teilzunehmen und Auskünfte im Sinne des Paragraph 118, AktG zu begehren. Solange die Partizipanten gemäß den Bestimmungen des BWG das Recht zur Teilnahme an Hauptversammlungen haben, werden die Partizipanten gemäß den Bestimmungen des Aktiengesetzes zu den Hauptversammlungen der Emittentin eingeladen.

(2) Verwässerungsschutz. [...]

[...]

§ 12 Änderung der Emissionsbedingungen und Zustimmung der PartizipantenParagraph 12, Änderung der Emissionsbedingungen und Zustimmung der Partizipanten

(1) Anpassung dieser Partizipationskapitalbedingungen. Soweit gesetzlich zulässig, können diese Emissionsbedingungen durch Vereinbarung zwischen der Emittentin und dem Partizipanten ergänzt und abgeändert werden. Die Partizipanten erteilen ihre Zustimmung durch einen mit einfacher Mehrheit des Nennbetrags des Partizipationskapitals gefassten Beschluss.

(2) Salvatorische Klausel. Sollte eine Bestimmung unwirksam oder undurchführbar sein, so wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung wird durch eine solche ersetzt, die den in diesen Emissionsbedingungen zum Ausdruck kommenden Willen der Vertragsteile am nächsten kommt. Wenn die vorliegenden Emissionsbedingungen eine Lücke enthalten, erfolgt deren Ausfüllung gleichfalls nach dem in diesen Emissionsbedingungen zum Ausdruck kommenden Willen der Vertragsteile.

[...]“

Der Jahresabschluss der beklagten Partei für das Jahr 2010 wies einen Bilanzverlust von 814.610.197,98 EUR aus. Um diesen Bilanzverlust zu decken, wurde mit Hauptversammlungsbeschluss vom 30. 5. 2011 zunächst gemäß §§ 182 ff AktG eine vereinfachte Herabsetzung des Grundkapitals von 62.474.208 EUR um 43.377.156,49 EUR auf 19.097.051,51 EUR durch entsprechende Reduktion des auf jede Stückaktie entfallenden Anteils beschlossen. Gleichzeitig wurden das Partizipationskapital (aus Emissionen 2008 und 2009) von 1.110.772.982 EUR um 771.233.041,50 EUR auf 339.539.940,50 EUR und damit auch die Nennbeträge der Partizipationsscheine herabgesetzt.Der Jahresabschluss der beklagten Partei für das Jahr 2010 wies einen Bilanzverlust von 814.610.197,98 EUR aus. Um diesen Bilanzverlust zu decken, wurde mit Hauptversammlungsbeschluss vom 30. 5. 2011 zunächst gemäß Paragraphen 182, ff AktG eine vereinfachte Herabsetzung des Grundkapitals von 62.474.208 EUR um 43.377.156,49 EUR auf 19.097.051,51 EUR durch entsprechende Reduktion des auf jede Stückaktie entfallenden Anteils beschlossen. Gleichzeitig wurden das Partizipationskapital (aus Emissionen 2008 und 2009) von 1.110.772.982 EUR um 771.233.041,50 EUR auf 339.539.940,50 EUR und damit auch die Nennbeträge der Partizipationsscheine herabgesetzt.

Am 30. 6. 2011 erfolgte eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln um 449.999.997,78 EUR auf 469.097.049,29 EUR. Alleinaktionärin blieb die Republik Österreich.

Die klagende Partei stimmte bei diesen Beschlüssen nicht mit. Sie war mit dieser Vorgangsweise nicht einverstanden. Die Folge für sie war, dass der Gesamtnennbetrag ihres Partizipationskapitals von 30.772.982 EUR auf 9.406.653,43 EUR herabgesetzt wurde, was eine Minderung der Berechnungsgrundlage für künftige Dividenden bedeutete.

Die beklagte Partei verfügte aufgrund des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 über eine Hafrücklage von 247.165.247,42 EUR. Diese wurde vor der Kapitalherabsetzung nicht aufgelöst. Die Hauptversammlungsbeschlüsse vom 30. 5. und 30. 6. 2011 wurden - ausgenommen die Herabsetzung des Partizipationskapitals - am 2. 6. bzw 20. 7. 2011 im Firmenbuch eingetragen.

Die klagende Partei begehrte mit Wirkung zwischen den Parteien festzustellen, dass die am 30. 5. 2011 von der beklagten Partei beschlossene Herabsetzung des Nennbetrags der von der klagenden Partei auf Grundlage der Bedingungen der auf Namen lautenden 30.772.982 EUR Partizipationsschein-Emission 2009 der beklagten Partei gezeichneten Partizipationsscheine a) gegen die PS-Bedingungen verstoßen habe, b) gesetzwidrig gewesen sei, c) unwirksam sei, ferner dass d) der Gesamtnennbetrag der Partizipationsscheine weiterhin 30.772.982 EUR betrage, e) sich die Dividendenausschüttung weiterhin auf einen Gesamtnennbetrag von 30.772.982 EUR beziehe und f) eine Herabsetzung des Nennbetrags der Partizipationsscheine nur im Einvernehmen zwischen den Streitteilen erfolgen könne.

Soweit noch bedeutsam brachte sie vor, aus § 12 der PS-Bedingungen folge, dass eine einseitige Änderung der Bedingungen nicht möglich sei. Nach dem Verständnis der Vertragsparteien wären die Gewinne und Verluste weiterhin auf einem besonderen Konto zu verbuchen gewesen. Eine Vereinbarung, aus der eine „Vorabzustimmung“ der klagenden Partei zu einer Herabsetzung des Partizipationskapitals ableitbar wäre, lasse sich auch aus § 7 der PS-Bedingungen nicht entnehmen. Insbesondere sei darin nicht vereinbart worden, dass das Partizipationskapital an das Aktienkapital im Sinne einer „automatischen“ Herabsetzung des Partizipationskapitals ohne weiteres Zustimmungserfordernis gekoppelt sei. Die Unklarheitenregel des § 915 ABGB führe ebenfalls zu einem Zustimmungserfordernis der klagenden Partei. Ein solches ergebe sich auch aus § 23 Abs 4 Z 2 BWG iVm § 182 Abs 1 und § 175 Abs 1 AktG, vor allem, wenn die Kapitalherabsetzung die Partizipanten unverhältnismäßig härter treffe als die Aktionäre. Dies sei hier der Fall, weil sich die Bemessungsgrundlage für die Gewinnausschüttung an die klagende Partei verringere, während die nominelle Herabsetzung des Grundkapitals auf die Gewinnansprüche der Alleinaktionärin keinen Einfluss habe. Diese erhalte weiterhin den gesamten verteilbaren Gewinn. Die Vorgangsweise der beklagten Partei verstoße ferner gegen § 23 Abs 4 Z 2 BWG iVm § 183 AktG, wonach eine Herabsetzung des Partizipationskapitals erst nach Auflösung der Hafrücklage zulässig gewesen wäre. Schließlich habe die beklagte Partei gesellschaftsrechtliche Treuepflichten verletzt. Soweit noch bedeutsam brachte sie vor, aus Paragraph 12, der PS-Bedingungen folge, dass eine einseitige Änderung der Bedingungen nicht möglich sei. Nach dem Verständnis der Vertragsparteien wären die Gewinne und Verluste weiterhin auf einem besonderen Konto zu verbuchen gewesen. Eine Vereinbarung, aus der eine „Vorabzustimmung“ der klagenden Partei zu einer Herabsetzung des Partizipationskapitals ableitbar wäre, lasse sich auch aus Paragraph 7, der PS-Bedingungen nicht entnehmen. Insbesondere sei darin nicht vereinbart worden, dass das Partizipationskapital an das Aktienkapital im Sinne einer „automatischen“ Herabsetzung des Partizipationskapitals ohne weiteres Zustimmungserfordernis gekoppelt sei. Die Unklarheitenregel des Paragraph 915, ABGB führe ebenfalls zu einem Zustimmungserfordernis der klagenden Partei. Ein solches ergebe sich auch aus Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2, BWG in Verbindung mit Paragraph 182, Absatz eins und Paragraph 175, Absatz eins, AktG, vor allem, wenn die Kapitalherabsetzung die Partizipanten unverhältnismäßig härter treffe als die Aktionäre. Dies sei hier der Fall, weil sich die Bemessungsgrundlage für die Gewinnausschüttung an die klagende Partei verringere, während die nominelle Herabsetzung des Grundkapitals auf die Gewinnansprüche der Alleinaktionärin keinen Einfluss habe. Diese erhalte weiterhin den gesamten verteilbaren Gewinn. Die Vorgangsweise der beklagten Partei verstoße ferner gegen Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2, BWG in Verbindung mit Paragraph 183, AktG, wonach eine Herabsetzung des Partizipationskapitals erst nach Auflösung der Hafrücklage zulässig gewesen wäre. Schließlich habe die beklagte Partei gesellschaftsrechtliche Treuepflichten verletzt.

Die beklagte Partei wandte ein, in den §§ 6 f der PS-Bedingungen sei die Herabsetzung des Partizipationskapitals vertraglich vorgesehen. Gemäß § 7 der PS-Bedingungen nehme Partizipationskapital „im selben Ausmaß wie

Aktienkapital“ an den Verlusten teil. Damit sei die Art der Verlustteilnahme klar geregelt. Im Falle der vereinfachten Kapitalherabsetzung stehe den Partizipanten kein Zustimmungsrecht zu, ein Sonderbeschluss sei nicht vorgesehen. Die Kompetenz für die Herabsetzung des Partizipationskapitals liege vielmehr ausschließlich bei den Aktionären. Auch die Pflicht zur Auflösung der in § 23 Abs 6 BWG geregelten Hafrücklage habe nicht bestanden. Diese Rücklage zähle nicht zu den gebundenen Rücklagen iSd § 229 UGB und werde von § 183 AktG nicht erfasst. Das Partizipationskapital begründe nur ein schuldrechtliches Verhältnis, weshalb ein Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Treuepflichten nicht vorliegen könne. Die klagende Partei habe von Anfang an von der drastischen finanziellen Lage der beklagten Partei Kenntnis gehabt und gewusst, dass mit der Zeichnung des Partizipationskapitals ein erhebliches Risiko, auch jenes des Kapitalverlusts, verbunden sei. Sie versuche nun, die Verluste auf die Alleinaktionärin (die Republik Österreich) abzuwälzen. Die beklagte Partei wandte ein, in den Paragraphen 6, f der PS-Bedingungen sei die Herabsetzung des Partizipationskapitals vertraglich vorgesehen. Gemäß Paragraph 7, der PS-Bedingungen nehme Partizipationskapital „im selben Ausmaß wie Aktienkapital“ an den Verlusten teil. Damit sei die Art der Verlustteilnahme klar geregelt. Im Falle der vereinfachten Kapitalherabsetzung stehe den Partizipanten kein Zustimmungsrecht zu, ein Sonderbeschluss sei nicht vorgesehen. Die Kompetenz für die Herabsetzung des Partizipationskapitals liege vielmehr ausschließlich bei den Aktionären. Auch die Pflicht zur Auflösung der in Paragraph 23, Absatz 6, BWG geregelten Hafrücklage habe nicht bestanden. Diese Rücklage zähle nicht zu den gebundenen Rücklagen iSd Paragraph 229, UGB und werde von Paragraph 183, AktG nicht erfasst. Das Partizipationskapital begründe nur ein schuldrechtliches Verhältnis, weshalb ein Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Treuepflichten nicht vorliegen könne. Die klagende Partei habe von Anfang an von der drastischen finanziellen Lage der beklagten Partei Kenntnis gehabt und gewusst, dass mit der Zeichnung des Partizipationskapitals ein erhebliches Risiko, auch jenes des Kapitalverlusts, verbunden sei. Sie versuche nun, die Verluste auf die Alleinaktionärin (die Republik Österreich) abzuwälzen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt.

Es ging vom eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt aus und folgte - ausgenommen jenen zu den gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten - den rechtlichen Argumenten der klagenden Partei.

Es vertrat die Ansicht, Partizipationskapital sei als sondergesetzlich gestaltetes Genussrecht einzuordnen. Die Herabsetzung des im Zeichnungsvertrag und den PS-Bedingungen genannten Betrags hätte gemäß § 12 der PS-Bedingungen der Zustimmung der Partizipanten bedurft. Aus § 7 der PS-Bedingungen ergebe sich nicht das Recht der beklagten Partei zur einseitigen Herabsetzung des Partizipationskapitals. Diese Bestimmung gebe im Wesentlichen nur den Wortlaut des § 23 Abs 4 Z 4 BWG wieder, auf den sie auch verweise. Sie enthalte auch keine detaillierte Regelung über die Art und Weise, in der das Partizipationskapital an den Verlusten teilzunehmen habe. „Volle Verlustteilnahme“ iSd § 23 Abs 4 Z 4 BWG bedeute, dass das Partizipationskapital sowohl am laufenden Verlust als auch am Liquidationsverlust teilnehmen müsse. Dies sei schon einerseits durch die Gewinnabhängigkeit des Dividendenanspruchs, andererseits dadurch gewährleistet, dass die Partizipanten erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals und nach Befriedigung und Sicherstellung aller Gläubiger einen Auszahlungsanspruch hätten. Anders als bei der einen vergleichbaren Sachverhalt betreffenden „Klößner-Entscheidung“ des BGH fehle hier jedenfalls eine konkrete vertragliche Verknüpfung zwischen der Herabsetzung des Grundkapitals und jener des Partizipationskapitals. Die einseitige Herabsetzung des Partizipationskapitals stelle somit einen unzulässigen Eingriff in die vertraglichen Rechte der klagenden Partei dar. Es vertrat die Ansicht, Partizipationskapital sei als sondergesetzlich gestaltetes Genussrecht einzuordnen. Die Herabsetzung des im Zeichnungsvertrag und den PS-Bedingungen genannten Betrags hätte gemäß Paragraph 12, der PS-Bedingungen der Zustimmung der Partizipanten bedurft. Aus Paragraph 7, der PS-Bedingungen ergebe sich nicht das Recht der beklagten Partei zur einseitigen Herabsetzung des Partizipationskapitals. Diese Bestimmung gebe im Wesentlichen nur den Wortlaut des Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG wieder, auf den sie auch verweise. Sie enthalte auch keine detaillierte Regelung über die Art und Weise, in der das Partizipationskapital an den Verlusten teilzunehmen habe. „Volle Verlustteilnahme“ iSd Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG bedeute, dass das Partizipationskapital sowohl am laufenden Verlust als auch am Liquidationsverlust teilnehmen müsse. Dies sei schon einerseits durch die Gewinnabhängigkeit des Dividendenanspruchs, andererseits dadurch gewährleistet, dass die Partizipanten erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals und nach Befriedigung und Sicherstellung aller Gläubiger einen Auszahlungsanspruch hätten. Anders als bei der einen vergleichbaren Sachverhalt betreffenden „Klößner-Entscheidung“ des BGH fehle hier jedenfalls eine konkrete

vertragliche Verknüpfung zwischen der Herabsetzung des Grundkapitals und jener des Partizipationskapitals. Die einseitige Herabsetzung des Partizipationskapitals stelle somit einen unzulässigen Eingriff in die vertraglichen Rechte der klagenden Partei dar.

Auch die nach § 23 Abs 4 Z 2 BWG gebotene analoge Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften führe zu einem Zustimmungsrecht der Partizipanten, deren Rechtsstellung jener der stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre ähnlich sei. Wie bei diesen müsse eine Kapitalherabsetzung von ihrer Zustimmung abhängig sein, wenn der Vorzug unmittelbar beeinträchtigt werde. Dies treffe hier zu, weil sich die Dividende der klagenden Partei vermindere, während die Gewinnansprüche der Alleinaktionärin von der Herabsetzung der Nennbeträge der Aktien unberührt blieben. Auch die nach Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2, BWG gebotene analoge Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften führe zu einem Zustimmungsrecht der Partizipanten, deren Rechtsstellung jener der stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre ähnlich sei. Wie bei diesen müsse eine Kapitalherabsetzung von ihrer Zustimmung abhängig sein, wenn der Vorzug unmittelbar beeinträchtigt werde. Dies treffe hier zu, weil sich die Dividende der klagenden Partei vermindere, während die Gewinnansprüche der Alleinaktionärin von der Herabsetzung der Nennbeträge der Aktien unberührt blieben.

Nach dem analog anzuwendenden § 183 AktG hätte auch die Haftrücklage als gebundene Rücklage bis zu einem Betrag, der 10 % des herabgesetzten Grundkapitals nicht übersteige, aufgelöst werden müssen. § 23 Abs 6 BWG stehe dem nicht entgegen, sehe diese Bestimmung doch gerade für Zwecke der Verlustabdeckung die Auflösung der Haftrücklage vor. Erst nach Auflösung der Haftrücklage hätte eine Herabsetzung des Grundkapitals und des Partizipationskapitals beschlossen werden dürfen. Nach dem analog anzuwendenden Paragraph 183, AktG hätte auch die Haftrücklage als gebundene Rücklage bis zu einem Betrag, der 10 % des herabgesetzten Grundkapitals nicht übersteige, aufgelöst werden müssen. Paragraph 23, Absatz 6, BWG stehe dem nicht entgegen, sehe diese Bestimmung doch gerade für Zwecke der Verlustabdeckung die Auflösung der Haftrücklage vor. Erst nach Auflösung der Haftrücklage hätte eine Herabsetzung des Grundkapitals und des Partizipationskapitals beschlossen werden dürfen.

Das Berufungsgericht änderte das erstinstanzliche Urteil im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens ab. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei.

Das Berufungsgericht erörterte in rechtlicher Hinsicht, § 6 Abs 2 der PS-Bedingungen betreffe nur die Rückzahlung bei Einziehung von Partizipationskapital gemäß § 102a BWG oder ordentlicher Kapitalherabsetzung. Bei vereinfachter Kapitalherabsetzung seien die entsprechenden Regelungen nicht anwendbar. Die Vorgangsweise der beklagten Partei habe jedoch § 7 der PS-Bedingungen entsprochen. Diese Bestimmung sei zwar der Formulierung des § 23 Abs 4 Z 4 BWG ähnlich, unterscheide sich davon aber insofern, als darin angeordnet werde, dass die Partizipationsscheine „im selben Ausmaß“ wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am unternehmerischen Verlust teilnehmen würden. Sie sei nicht bloß als simple Wiederholung der für Partizipationskapital ohnedies geltenden gesetzlichen Vorschrift, sondern als abschließende Regelung der bei einer nominellen Kapitalherabsetzung einzuhaltenden Vorgangsweise zu verstehen. § 7 der PS-Bedingungen sei demnach so auszulegen, dass bei einer nominellen Kapitalherabsetzung die Partizipationsscheine „im selben Ausmaß“, also im gleichen Verhältnis wie das Aktienkapital am Verlust teilnähmen. Entsprechend der durch die nominelle Kapitalherabsetzung erfolgten Reduktion des auf jede Aktie entfallenden Anteils am Grundkapital habe es damit auch zu einer entsprechenden Herabsetzung der Nennbeträge der Partizipationsscheine zu kommen gehabt. Das Berufungsgericht erörterte in rechtlicher Hinsicht, Paragraph 6, Absatz 2, der PS-Bedingungen betreffe nur die Rückzahlung bei Einziehung von Partizipationskapital gemäß Paragraph 102 a, BWG oder ordentlicher Kapitalherabsetzung. Bei vereinfachter Kapitalherabsetzung seien die entsprechenden Regelungen nicht anwendbar. Die Vorgangsweise der beklagten Partei habe jedoch Paragraph 7, der PS-Bedingungen entsprochen. Diese Bestimmung sei zwar der Formulierung des Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG ähnlich, unterscheide sich davon aber insofern, als darin angeordnet werde, dass die Partizipationsscheine „im selben Ausmaß“ wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am unternehmerischen Verlust teilnehmen würden. Sie sei nicht bloß als simple Wiederholung der für Partizipationskapital ohnedies geltenden gesetzlichen Vorschrift, sondern als abschließende Regelung der bei einer nominellen Kapitalherabsetzung einzuhaltenden Vorgangsweise zu verstehen. Paragraph 7, der PS-Bedingungen sei demnach so auszulegen, dass bei einer nominellen Kapitalherabsetzung die Partizipationsscheine

„im selben Ausmaß“, also im gleichen Verhältnis wie das Aktienkapital am Verlust teilzunehmen. Entsprechend der durch die nominelle Kapitalherabsetzung erfolgten Reduktion des auf jede Aktie entfallenden Anteils am Grundkapital habe es damit auch zu einer entsprechenden Herabsetzung der Nennbeträge der Partizipationsscheine zu kommen gehabt.

Eine Zustimmung der klagenden Partei zu dieser Maßnahme sei nicht erforderlich gewesen. Die aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften, deren analoge Anwendung § 23 Abs 4 Z 2 BWG anordne, fänden sich in den §§ 175 ff AktG. Partizipanten hätten grundsätzlich nur das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung und auf Auskünfte gemäß § 118 AktG, sie seien in der Hauptversammlung aber nicht stimmberechtigt. Die vorgeschriebene Analogie könne daher nur bedeuten, dass die Aktionäre iSd §§ 175 ff AktG vorzugehen hätten, nicht aber, dass die Partizipanten, weit über ihre sonstigen Rechte hinaus, einer Herabsetzung des Partizipationskapitals zustimmen müssten. In einem solchen Fall komme den Partizipanten ebenso wie Vorzugsaktionären kein Stimmrecht zu. Auch § 7 der PS-Bedingungen enthalte keine Einschränkung dahin, dass die Teilnahme der Partizipationsscheine am unternehmerischen Verlust im selben Ausmaß wie Aktienkapital von einer Zustimmung der Partizipanten zur nominellen Kapitalherabsetzung abhängig wäre. Eine Zustimmung der klagenden Partei zu dieser Maßnahme sei nicht erforderlich gewesen. Die aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften, deren analoge Anwendung Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2, BWG anordne, fänden sich in den Paragraphen 175, ff AktG. Partizipanten hätten grundsätzlich nur das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung und auf Auskünfte gemäß Paragraph 118, AktG, sie seien in der Hauptversammlung aber nicht stimmberechtigt. Die vorgeschriebene Analogie könne daher nur bedeuten, dass die Aktionäre iSd Paragraphen 175, ff AktG vorzugehen hätten, nicht aber, dass die Partizipanten, weit über ihre sonstigen Rechte hinaus, einer Herabsetzung des Partizipationskapitals zustimmen müssten. In einem solchen Fall komme den Partizipanten ebenso wie Vorzugsaktionären kein Stimmrecht zu. Auch Paragraph 7, der PS-Bedingungen enthalte keine Einschränkung dahin, dass die Teilnahme der Partizipationsscheine am unternehmerischen Verlust im selben Ausmaß wie Aktienkapital von einer Zustimmung der Partizipanten zur nominellen Kapitalherabsetzung abhängig wäre.

Die gebundenen Rücklagen, auf die § 183 AktG verweise, seien in § 229 Abs 2 Z 1 bis 4 UGB aufgezählt. Die Haftrücklage, die gemäß § 23 Abs 6 BWG von Kreditinstituten gebildet werden müsse, werde in dieser Aufzählung nicht erwähnt. Eine analoge Anwendung des § 183 AktG auf die Haftrücklage komme nicht in Betracht, weil deren Höhe in keinem Bezug zum Grundkapital stehe und das Kreditinstitut nach einer (auch nur teilweisen) Auflösung der Haftrücklage zu deren Wiederauffüllung verpflichtet sei. Abgesehen davon sei der Hauptversammlungsbeschluss vom 30. 5. 2011 nicht von einem Anfechtungsberechtigten angefochten worden. Die - als Partizipantin nicht anfechtungsberechtigte - klagende Partei habe die Feststellungsklage erst lange nach Ablauf der Anfechtungsfrist eingebracht, sodass sie sich nunmehr auf eine Missachtung des § 183 AktG bei der Beschlussfassung nicht mehr berufen könne. Die gebundenen Rücklagen, auf die Paragraph 183, AktG verweise, seien in Paragraph 229, Absatz 2, Ziffer eins bis 4 UGB aufgezählt. Die Haftrücklage, die gemäß Paragraph 23, Absatz 6, BWG von Kreditinstituten gebildet werden müsse, werde in dieser Aufzählung nicht erwähnt. Eine analoge Anwendung des Paragraph 183, AktG auf die Haftrücklage komme nicht in Betracht, weil deren Höhe in keinem Bezug zum Grundkapital stehe und das Kreditinstitut nach einer (auch nur teilweisen) Auflösung der Haftrücklage zu deren Wiederauffüllung verpflichtet sei. Abgesehen davon sei der Hauptversammlungsbeschluss vom 30. 5. 2011 nicht von einem Anfechtungsberechtigten angefochten worden. Die - als Partizipantin nicht anfechtungsberechtigte - klagende Partei habe die Feststellungsklage erst lange nach Ablauf der Anfechtungsfrist eingebracht, sodass sie sich nunmehr auf eine Missachtung des Paragraph 183, AktG bei der Beschlussfassung nicht mehr berufen könne.

Der Berufung komme daher Berechtigung zu. Der Nennbetrag der Partizipationsscheine der klagenden Partei sei mit dem Hauptversammlungsbeschluss vom 30. 5. 2011 wirksam und rechtmäßig herabgesetzt worden, weshalb das gesamte Klagebegehren abzuweisen sei.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zu den Rechtsfragen, ob bei einer nominellen Kapitalherabsetzung auch die Zustimmung der Inhaber von Partizipationsscheinen erforderlich sei und ob vor einer solchen nominellen Kapitalherabsetzung die Haftrücklage eines Kreditinstituts aufgelöst werden müsse, noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs existiere.

Gegen dieses Berufungsurteil richtet sich die Revision der klagenden Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das klagsstattgebende Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, das Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Sie ist teilweise berechtigt.

Nach Ansicht der klagenden Partei sei dem Berufungsgericht bei der Auslegung des § 7 der PS-Bedingungen eine grobe Fehlbeurteilung unterlaufen. Weder diese vertragliche Regelung noch die gesetzliche Bestimmung des § 23 Abs 4 Z 4 BWG, auf die sie verweise, sehe zwingend die Koppelung des Partizipationskapitals an das Grundkapital vor. Sowohl aus § 12 Abs 1 der PS-Bedingungen als auch aus einer verfassungskonformen Interpretation des § 23 Abs 4 Z 4 BWG folge, dass eine Herabsetzung des Partizipationskapitals nur mit Zustimmung der Partizipationskapitalgeber erfolgen dürfe. Andernfalls komme nur eine Verlustzuweisung auf ein bewegliches Kapitalkonto in Betracht, das im Liquidationsfall zu berücksichtigen sei. Dadurch werde die von § 23 Abs 4 Z 4 BWG geforderte Verlustteilnahme sichergestellt und ein sachlich nicht gerechtfertigtes enteignungsgleiches Sonderopfer der Partizipationskapitalgeber vermieden. Auch im Hinblick auf die Zielsetzung des Zeichnungsvertrags, Ergänzungskapital in Partizipationskapital umzuwandeln, könne § 7 der PS-Bedingungen nur so verstanden werden, dass eine Verlustzuweisung auf ein bewegliches Kapitalkonto und keine unwiederbringliche Herabsetzung der Nennbeträge der Partizipationsscheine zu erfolgen habe. Aufgrund der gemäß § 23 Abs 4 Z 2 BWG anzuwendenden Bestimmung des § 175 AktG hätte eine Kapitalherabsetzung überdies nur nach Beschlussfassung durch die Partizipationskapitalgeber, hier also der klagenden Partei, erfolgen dürfen. Schließlich habe die beklagte Partei entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts gegen die in § 183 AktG normierte Pflicht zur Rücklagenauflösung verstoßen. Sie habe auch gesellschaftsrechtliche Treuepflichten verletzt. Die von der beklagten Partei einseitig beschlossene Herabsetzung des Partizipationskapitals sei aus diesen Gründen unwirksam. Nach Ansicht der klagenden Partei sei dem Berufungsgericht bei der Auslegung des Paragraph 7, der PS-Bedingungen eine grobe Fehlbeurteilung unterlaufen. Weder diese vertragliche Regelung noch die gesetzliche Bestimmung des Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG, auf die sie verweise, sehe zwingend die Koppelung des Partizipationskapitals an das Grundkapital vor. Sowohl aus Paragraph 12, Absatz eins, der PS-Bedingungen als auch aus einer verfassungskonformen Interpretation des Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG folge, dass eine Herabsetzung des Partizipationskapitals nur mit Zustimmung der Partizipationskapitalgeber erfolgen dürfe. Andernfalls komme nur eine Verlustzuweisung auf ein bewegliches Kapitalkonto in Betracht, das im Liquidationsfall zu berücksichtigen sei. Dadurch werde die von Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG geforderte Verlustteilnahme sichergestellt und ein sachlich nicht gerechtfertigtes enteignungsgleiches Sonderopfer der Partizipationskapitalgeber vermieden. Auch im Hinblick auf die Zielsetzung des Zeichnungsvertrags, Ergänzungskapital in Partizipationskapital umzuwandeln, könne Paragraph 7, der PS-Bedingungen nur so verstanden werden, dass eine Verlustzuweisung auf ein bewegliches Kapitalkonto und keine unwiederbringliche Herabsetzung der Nennbeträge der Partizipationsscheine zu erfolgen habe. Aufgrund der gemäß Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2, BWG anzuwendenden Bestimmung des Paragraph 175, AktG hätte eine Kapitalherabsetzung überdies nur nach Beschlussfassung durch die Partizipationskapitalgeber, hier also der klagenden Partei, erfolgen dürfen. Schließlich habe die beklagte Partei entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts gegen die in Paragraph 183, AktG normierte Pflicht zur Rücklagenauflösung verstoßen. Sie habe auch gesellschaftsrechtliche Treuepflichten verletzt. Die von der beklagten Partei einseitig beschlossene Herabsetzung des Partizipationskapitals sei aus diesen Gründen unwirksam.

Hiezu wurde erwogen:

I. Partizipationskapital:römisch eins. Partizipationskapital:

1. Mit der Novelle zum Kreditwesengesetz (KWG) 1986, BGBl 1986/325, wurden den Banken mehrere neue Finanzierungsinstrumente, darunter das Partizipationskapital, zur Stärkung der Eigenkapitalbasis zur Verfügung gestellt (vgl 8 Ob 2351/96k; 6 Ob 109/01z; van Husen, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital [1998] 299 [300]; Ch. Nowotny, Möglichkeiten der Ausgestaltung von Partizipationskapital, in FS Laurer [2009] 277). Die Definition des Partizipationskapitals fand sich in § 12 Abs 6 KWG und wurde nahezu unverändert als § 23 Abs 4 BWG in das Bankwesengesetz 1993 übernommen (vgl 6 Ob 109/01z; van Husen aaO 300 f). Nach anfänglichen Publikumsemissionen und einem vorübergehenden Bedeutungsverlust erhielt das Partizipationskapital im Zuge der sogenannten Finanzkrise wieder mehr Aufmerksamkeit (vgl § 2 Abs 1 Z 3 FinStaG aF). In dieser Phase ging es nicht mehr um Publikumsemissionen, sondern vorrangig darum, dass der Staat, staatsnahe Einrichtungen oder

institutionelle Anleger das Eigenkapital stärken. Im Zentrum individueller vertraglicher Gestaltung zwischen Kreditinstitut und Zeichner aufgrund von Privatplatzierungen stand der Zweck einer vorübergehenden Hilfestellung (dazu näher Ch. Nowotny aaO 278). Im Licht dieser Entwicklung ist auch die Zeichnung des von der beklagten Partei emittierten Partizipationskapitals (ua) durch die klagende Partei Ende des Jahres 2009 zu sehen.¹ Mit der Novelle zum Kreditwesengesetz (KWG) 1986, BGBl 1986/325, wurden den Banken mehrere neue Finanzierungsinstrumente, darunter das Partizipationskapital, zur Stärkung der Eigenkapitalbasis zur Verfügung gestellt vergleiche 8 Ob 2351/96k; 6 Ob 109/01z; van Husen, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital [1998] 299 [300]; Ch. Nowotny, Möglichkeiten der Ausgestaltung von Partizipationskapital, in FS Laurer [2009] 277). Die Definition des Partizipationskapitals fand sich in Paragraph 12, Absatz 6, KWG und wurde nahezu unverändert als Paragraph 23, Absatz 4, BWG in das Bankwesengesetz 1993 übernommen vergleiche 6 Ob 109/01z; van Husen aaO 300 f). Nach anfänglichen Publikumsemissionen und einem vorübergehenden Bedeutungsverlust erhielt das Partizipationskapital im Zuge der sogenannten Finanzkrise wieder mehr Aufmerksamkeit vergleiche Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 3, FinStaG aF). In dieser Phase ging es nicht mehr um Publikumsemissionen, sondern vorrangig darum, dass der Staat, staatsnahe Einrichtungen oder institutionelle Anleger das Eigenkapital stärken. Im Zentrum individueller vertraglicher Gestaltung zwischen Kreditinstitut und Zeichner aufgrund von Privatplatzierungen stand der Zweck einer vorübergehenden Hilfestellung (dazu näher Ch. Nowotny aaO 278). Im Licht dieser Entwicklung ist auch die Zeichnung des von der beklagten Partei emittierten Partizipationskapitals (ua) durch die klagende Partei Ende des Jahres 2009 zu sehen.

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 sonstige Instrumente in welcher Weise als Eigenmittel angerechnet werden können. Allfälligen Gläubigern sollte auch bei Verwirklichung unerwarteter Risiken ein ausreichender Haftungsfonds zur Verfügung stehen (vgl 8 Ob 296/01i [dort: nachrangiges Kapital]; Dellinger/Burger/Puhm in Dellinger, BWG [2011] § 23 Rz 1). Partizipationskapital war, wenn es - wie im vorliegenden Fall - ohne Dividendennachzahlungspflicht ausgegeben wurde, „eingezahltes Kapital“ und gehörte zu den „besten“ Eigenmitteln („Tier-I-Kapital“), zum sogenannten Kernkapital, das eine unbegrenzte Anrechnung ermöglichte (§ 23 Abs 1 Z 1 iVm Abs 3 und Abs 14 Z 1 BWG; vgl Dellinger/Burger/Puhm aaO § 23 Rz 7; Rüffler, Rechtsschutz gegen die Herabsetzung von Partizipationskapital, in FS H. Torggler [2013] 1041 [1043]). Gemäß § 23 Abs 12 BWG mussten solche Eigenmittel dem Kreditinstitut uneingeschränkt und sogleich für die Risiko- oder Verlustdeckung zur Verfügung stehen, sobald sich die betreffenden Risiken oder Verluste ergeben. Da die auf diese Eigenmittel gerichteten Einzahlungen in das Eigentum des Kreditinstituts übergingen, konnten sie jederzeit für dessen Zwecke verwendet werden, ohne dass das Kreditinstitut wie bei Fremdkapital für eine Rückzahlungsmöglichkeit Vorsorge treffen musste (Dellinger/Burger/Puhm aaO § 23 Rz 13). Im Hinblick auf die im Rahmen des „Basel III“ bezeichneten Maßnahmenpakets ergangene Verordnung (EU) 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 trat § 23 BWG mit Ablauf des 31. 12. 2013 außer Kraft (BGBl I 2013/184; vgl dazu ErläutRV 2438 BlgNR XXIV. GP 32 ff; zum Partizipationskapital vgl nunmehr § 103q iVm § 26b BWG nF). Maßgeblich für die Beurteilung der hier anstehenden Rechtsfragen ist allerdings weiterhin § 23 BWG idF vor BGBl I 2013/184.2. Mit Paragraph 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 sonstige Instrumente in welcher Weise als Eigenmittel angerechnet werden können. Allfälligen Gläubigern sollte auch bei Verwirklichung unerwarteter Risiken ein ausreichender Haftungsfonds zur Verfügung stehen vergleiche 8 Ob 296/01i [dort: nachrangiges Kapital]; Dellinger/Burger/Puhm in Dellinger, BWG [2011] Paragraph 23, Rz 1). Partizipationskapital war, wenn es - wie im vorliegenden Fall - ohne Dividendennachzahlungspflicht ausgegeben wurde, „eingezahltes Kapital“ und gehörte zu den „besten“ Eigenmitteln („Tier-I-Kapital“), zum sogenannten Kernkapital, das eine unbegrenzte Anrechnung ermöglichte (Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Absatz 3 und Absatz 14, Ziffer eins, BWG; vergleiche Dellinger/Burger/Puhm aaO Paragraph 23, Rz 7; Rüffler, Rechtsschutz gegen die Herabsetzung von Partizipationskapital, in FS H. Torggler [2013] 1041 [1043]). Gemäß Paragraph 23, Absatz 12, BWG mussten solche Eigenmittel dem Kreditinstitut uneingeschränkt und sogleich für die Risiko- oder Verlustdeckung zur Verfügung stehen, sobald sich die betreffenden Risiken oder Verluste ergeben. Da die auf diese Eigenmittel gerichteten Einzahlungen in das Eigentum des Kreditinstituts übergingen, konnten sie jederzeit für dessen Zwecke verwendet werden, ohne dass das Kreditinstitut wie bei Fremdkapital für eine Rückzahlungsmöglichkeit Vorsorge treffen musste (Dellinger/Burger/Puhm aaO Paragraph 23, Rz 13). Im Hinblick auf die im Rahmen des „Basel III“ bezeichneten

Maßnahmenpakets ergangene Verordnung (EU) 575 aus 2013, des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 trat Paragraph 23, BWG mit Ablauf des 31. 12. 2013 außer Kraft (BGBl I 2013/184; vergleiche dazu ErläutRV 2438 BlgNR römisch 24 . Gesetzgebungsperiode 32, ff; zum Partizipationskapital vergleiche nunmehr Paragraph 103 q, in Verbindung mit Paragraph 26 b, BWG nF). Maßgeblich für die Beurteilung der hier anstehenden Rechtsfragen ist allerdings weiterhin Paragraph 23, BWG in der Fassung vor BGBl I 2013/184.

3 . § 23 Abs 4 BWG definierte das Partizipationskapital zuletzt als Kapital, das eingezahlt ist und auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird (Z 1), das nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des § 102a eingezogen werden kann (Z 2), dessen Erträge gewinnabhängig sind, wobei als Gewinn das Ergebnis des Geschäftsjahres (Jahresgewinn) nach Rücklagenbewegung anzusehen ist (Z 3), das wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt (Z 4), das mit dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös zumindest im Ausmaß des Nominales verbunden ist und erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden darf (Z 5). 3. Paragraph 23, Absatz 4, BWG definierte das Partizipationskapital zuletzt als Kapital, das eingezahlt ist und auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird (Ziffer eins,), das nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des Paragraph 102 a, eingezogen werden kann (Ziffer 2,), dessen Erträge gewinnabhängig sind, wobei als Gewinn das Ergebnis des Geschäftsjahres (Jahresgewinn) nach Rücklagenbewegung anzusehen ist (Ziffer 3,), das wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt (Ziffer 4,), das mit dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös zumindest im Ausmaß des Nominales verbunden ist und erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden darf (Ziffer 5,).

Als maßgebliche Merkmale von Partizipationskapital waren somit die Teilnahme am Verlust, keine Gläubigerstellung im Falle der Insolvenz, Belassung auf Unternehmensdauer und Anspruch auf Auszahlungen nur nach Maßgabe der Deckung im Jahresgewinn anzusehen (Ch. Nowotny aaO 279). Bei diesen Vorgaben handelte es sich um aufsichtsrechtliche Mittel, die als Mindestkriterien galten und je nach vertraglicher Ausgestaltung in den Vertragsbedingungen zwischen den Parteien Wirksamkeit erlangten. Abweichende Vereinbarungen waren zwar grundsätzlich gültig, hinderten aber die unbegrenzte Anrechnung als Kernkapital (Rüffler aaO 1044; auch Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG5 [2010] § 174 Rz 55). Als maßgebliche Merkmale von Partizipationskapital waren somit die Teilnahme am Verlust, keine Gläubigerstellung im Falle der Insolvenz, Belassung auf Unternehmensdauer und Anspruch auf Auszahlungen nur nach Maßgabe der Deckung im Jahresgewinn anzusehen (Ch. Nowotny aaO 279). Bei diesen Vorgaben handelte es sich um aufsichtsrechtliche Mittel, die als Mindestkriterien galten und je nach vertraglicher Ausgestaltung in den Vertragsbedingungen zwischen den Parteien Wirksamkeit erlangten. Abweichende Vereinbarungen waren zwar grundsätzlich gültig, hinderten aber die unbegrenzte Anrechnung als Kernkapital (Rüffler aaO 1044; auch Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG5 [2010] Paragraph 174, Rz 55).

4. Für den vorliegenden Fall sind vor allem die in § 23 Abs 4 Z 2 und 4 BWG angeführten Kriterien bedeutsam. Es stellt sich auch die Frage, in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen: 4. Für den vorliegenden Fall sind vor allem die in Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2 und 4 BWG angeführten Kriterien bedeutsam. Es stellt sich auch die Frage, in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen:

4.1 Nach § 23 Abs 4 Z 2 BWG in seiner bis 30. 6. 1999 geltenden Fassung war Partizipationskapital Kapital, „das nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften zurück-gezahlt werden kann“. Dieser Wortlaut lässt nicht daran zweifeln, dass die Bestimmung auf die effektive Kapitalherabsetzung verwies, weil es nur bei dieser zu einer Zurückzahlung eingezahlten Grund- oder (analog) eben Partizipationskapitals kommen kann (vgl Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 175 Rz 5; Ch. Nowotny aaO 281). Mit der Novelle BGBl I 1999/123 erhielt § 23 Abs 4 Z 2 BWG seine zuletzt aktuelle Fassung. In den Materialien wurde im hier interessierenden Zusammenhang nur festgehalten, dass die „nach der bisherigen Bestimmung analog anwendbaren aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften“ weiterhin „aufrecht“ blieben (ErläutRV 1793 BlgNR XX. GP 18). Daraus kann erschlossen werden, dass sich § 23 Abs 4 Z 2 BWG weiterhin (nur) auf die effektive Kapitalherabsetzung beziehen sollte. 4.1 Nach Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2, BWG in seiner bis 30. 6. 1999 geltenden Fassung war Partizipationskapital Kapital, „das nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften zurück-gezahlt werden kann“. Dieser Wortlaut lässt nicht daran zweifeln, dass die Bestimmung auf die effektive Kapitalherabsetzung verwies, weil es nur bei dieser

zu einer Zurückzahlung eingezahlten Grund- oder (analog) eben Partizipationskapitals kommen kann vergleiche Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Paragraph 175, Rz 5; Ch. Nowotny aaO 281). Mit der Novelle BGBl I 1999/123 erhielt Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2, BWG seine zuletzt aktuelle Fassung. In den Materialien wurde im hier interessierenden Zusammenhang nur festgehalten, dass die „nach der bisherigen Bestimmung analog anwendbaren aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften“ weiterhin „aufrecht“ blieben (ErläutRV 1793 BlgNR römisch zwanzig. Gesetzgebungsperiode 18,). Daraus kann erschlossen werden, dass sich Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2, BWG weiterhin (nur) auf die effektive Kapitalherabsetzung beziehen sollte.

4.2 Folgerichtig wird in der Lehre die sinngemäße Anwendung der Regeln über die nominelle Kapitalherabsetzung, die im Aktienrecht der Anpassung des in der Satzung fixierten Grundkapitals durch einen reinen Buchungsvorgang an das durch Verluste reduzierte Eigenkapital der Aktiengesellschaft dienen soll (Bachner aaO § 175 Rz 5), zumeist im Kontext zu der in § 23 Abs 4 Z 4 BWG geregelten vollen Teilnahme am Verlust „wie Aktienkapital“ erwogen und bejaht. Dabei wird nach herrschender Ansicht auch die Möglichkeit einer vereinfachten Kapitalherabsetzung (§§ 182 ff AktG) anerkannt (so bereits zu § 12 Abs 6 Z 4 KWG: Kastner, Partizipationskapital und Ergänzungskapital bei Genossenschaften aus der Sicht des Zivilrechtes, in Hofinger/Brandner, Aspekte des Kreditwesengesetzes 1986 [1987] 175 [185]; Brenn, Haftkapital und Partizipationskapital [1989] 40; vgl auch Fremuth in Fremuth/Laurer/Pötzelberger/Ruess, Handbuch des Kreditwesengesetzes² [1991] § 12 Rz 16; zu § 23 Abs 4 Z 4 BWG: van Husen aaO 309; Ch. Nowotny aaO 291; Dellinger aaO § 23 Rz 32 [„denkbar“]; Bachner aaO § 182 Rz 7). In Anlehnung an die herrschende Meinung ist § 23 Abs 4 Z 4 BWG demnach dahin zu verstehen, dass die Teilnahme am Verlust „wie Aktienkapital“ auch im Wege der nominellen Herabsetzung des Partizipationskapitals unter sinngemäßer Anwendung des ordentlichen (§§ 175 ff AktG) oder des vereinfachten (§§ 182 ff AktG) Verfahrens herbeigeführt werden kann.

4.2 Folgerichtig wird in der Lehre die sinngemäße Anwendung der Regeln über die nominelle Kapitalherabsetzung, die im Aktienrecht der Anpassung des in der Satzung fixierten Grundkapitals durch einen reinen Buchungsvorgang an das durch Verluste reduzierte Eigenkapital der Aktiengesellschaft dienen soll (Bachner aaO Paragraph 175, Rz 5), zumeist im Kontext zu der in Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG geregelten vollen Teilnahme am Verlust „wie Aktienkapital“ erwogen und bejaht. Dabei wird nach herrschender Ansicht auch die Möglichkeit einer vereinfachten Kapitalherabsetzung (Paragraphen 182, ff AktG) anerkannt (so bereits zu Paragraph 12, Absatz 6, Ziffer 4, KWG: Kastner, Partizipationskapital und Ergänzungskapital bei Genossenschaften aus der Sicht des Zivilrechtes, in Hofinger/Brandner, Aspekte des Kreditwesengesetzes 1986 [1987] 175 [185]; Brenn, Haftkapital und Partizipationskapital [1989] 40; vergleiche auch Fremuth in Fremuth/Laurer/Pötzelberger/Ruess, Handbuch des Kreditwesengesetzes² [1991] Paragraph 12, Rz 16; zu Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG: van Husen aaO 309; Ch. Nowotny aaO 291; Dellinger aaO Paragraph 23, Rz 32 [„denkbar“]; Bachner aaO Paragraph 182, Rz 7). In Anlehnung an die herrschende Meinung ist Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG demnach dahin zu verstehen, dass die Teilnahme am Verlust „wie Aktienkapital“ auch im Wege der nominellen Herabsetzung des Partizipationskapitals unter sinngemäßer Anwendung des ordentlichen (Paragraphen 175, ff AktG) oder des vereinfachten (Paragraphen 182, ff AktG) Verfahrens herbeigeführt werden kann.

II. Auslegung des Zeichnungsvertrags und der PS-Bedingungen
römisch zwei. Auslegung des Zeichnungsvertrags und der PS-Bedingungen:

1. Bedingungen für die Emission von Wertpapieren werden als Allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert (7 Ob 15/10x mwN). Sie sind daher so auszulegen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen aus dem angesprochenen Adressatenkreis erschließen. Ihre Klauseln sind, wenn sie nicht auch Gegenstand und Ergebnis von Vertragsverhandlungen waren, objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen (vgl RIS-Justiz RS0008901).

1. Bedingungen für die Emission von Wertpapieren werden als Allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert (7 Ob 15/10x mwN). Sie sind daher so auszulegen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen aus dem angesprochenen Adressatenkreis erschließen. Ihre Klauseln sind, wenn sie nicht auch Gegenstand und Ergebnis von Vertragsverhandlungen waren, objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen vergleiche RIS-Justiz RS0008901).

„Bedingungen für Partizipationsscheine“ sind ihrem Rechtscharakter nach ebenfalls grundsätzlich Allgemeine Geschäftsbedingungen, die kraft Vereinbarung zwischen dem Zeichner und dem Kreditinstitut Vertragsinhalt geworden sind (vgl Brenn aaO 35). Die Anwendung der angeführten Auslegungsgrundsätze auf die gegenständlichen PS-Bedingungen könnte dennoch zweifelhaft sein, geben die Feststellungen doch keine Klarheit darüber, ob diese oder

ähnlich formulierte Bedingungen auch gegenüber anderen Zeichnern von Partizipationskapital Verwendung gefunden haben, geschweige denn, ob es eine Vielzahl vergleichbarer Verträge gibt (vgl 7 Ob 15/10x; RIS-Justiz RS0123499). „Bedingungen für Partizipationsscheine“ sind ihrem Rechtscharakter nach ebenfalls grundsätzlich Allgemeine Geschäftsbedingungen, die kraft Vereinbarung zwischen dem Zeichner und dem Kreditinstitut Vertragsinhalt geworden sind (vergleiche Brenn aaO 35). Die Anwendung der angeführten Auslegungsgrundsätze auf die gegenständlichen PS-Bedingungen könnte dennoch zweifelhaft sein, geben die Feststellungen doch keine Klarheit darüber, ob diese oder ähnlich formulierte Bedingungen auch gegenüber anderen Zeichnern von Partizipationskapital Verwendung gefunden haben, geschweige denn, ob es eine Vielzahl vergleichbarer Verträge gibt (vergleiche 7 Ob 15/10x; RIS-Justiz RS0123499).

Auch bei Einzelverträgen ist allerdings für die Auslegung einer Urkunde deren Wortlaut allein maßgeblich, solange nicht behauptet und bewiesen wird, dass aufgrund außerhalb der Urkunde liegender Umstände sich ein übereinstimmender Parteiwille oder ein vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichender objektiver Sinn der Erklärung ergibt (2 Ob 11/10x; RIS-Justiz RS0043422 [T6 und T13]). Dieser Beweis wurde im vorliegenden Fall nicht erbracht, weshalb der Wille der Vertragsparteien durch Auslegung der Vertragsurkunde einschließlich der PS-Bedingungen zu ermitteln ist. Maßgebliche Auslegungskriterien des § 914 ABGB sind der Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung und die Absicht der Parteien. Unter der „Absicht der Parteien“ ist die dem Erklärungsgegner erkennbare und von ihm widerspruchslos zur Kenntnis genommene Absicht des Erklärenden zu verstehen (2 Ob 11/10x mwN). Auch bei Einzelverträgen ist allerdings für die Auslegung einer Urkunde deren Wortlaut allein maßgeblich, solange nicht behauptet und bewiesen wird, dass aufgrund außerhalb der Urkunde liegender Umstände sich ein übereinstimmender Parteiwille oder ein vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichender objektiver Sinn der Erklärung ergibt (2 Ob 11/10x; RIS-Justiz RS0043422 [T6 und T13]). Dieser Beweis wurde im vorliegenden Fall nicht erbracht, weshalb der Wille der Vertragsparteien durch Auslegung der Vertragsurkunde einschließlich der PS-Bedingungen zu ermitteln ist. Maßgebliche Auslegungskriterien des Paragraph 914, ABGB sind der Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung und die Absicht der Parteien. Unter der „Absicht der Parteien“ ist die dem Erklärungsgegner erkennbare und von ihm widerspruchslos zur Kenntnis genommene Absicht des Erklärenden zu verstehen (2 Ob 11/10x mwN).

2. Ziel des zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Zeichnungsvertrags war es, der beklagten Partei statt wie bisher Ergänzungskapital (§ 23 Abs 7 BWG) Partizipationskapital iSd § 23 Abs 4 BWG zur Verfügung zu stellen. Die PS-Bedingungen mussten daher, damit Partizipationskapital als solches anerkannt wird, die Voraussetzungen des § 23 Abs 4 BWG sicherstellen (Rüffler aaO 1043). 2. Ziel des zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Zeichnungsvertrags war es, der beklagten Partei statt wie bisher Ergänzungskapital (Paragraph 23, Absatz 7, BWG) Partizipationskapital iSd Paragraph 23, Absatz 4, BWG zur Verfügung zu stellen. Die PS-Bedingungen mussten daher, damit Partizipationskapital als solches anerkannt wird, die Voraussetzungen des Paragraph 23, Absatz 4, BWG sicherstellen (Rüffler aaO 1043).

2.1 Nun mag es zutreffen, dass die volle Verlustteilnahme schon durch die Teilnahme am laufenden Verlust (infolge der Gewinnabhängigkeit der Dividende) und die Teilnahme am Liquidationsverlust sichergestellt ist (vgl Ch. Nowotny aaO 290 f). Nach den obigen Ausführungen (Punkt I.4.2) ist aber auch die Verlustbeteiligung im Wege der nominellen Herabsetzung des Partizipationskapitals möglich, die in § 7 der PS-Bedingungen ausdrücklich vorgesehen ist. Die Einrichtung eines „beweglichen Kapitalkontos“ mit der Konsequenz, dass das Partizipationskapital - abgesehen vom laufenden Verlust - erst im Falle der Liquidation am Verlust teilnehmen kann, stünde zu dieser Regelung in klarem Widerspruch. Sie wäre auch nicht mit dem in § 23 Abs 12 BWG verankerten Grundsatz vereinbar, dass das Partizipationskapital „uneingeschränkt und sogleich“ für die Risiko- und Verlustdeckung zur Verfügung stehen muss. 2.1 Nun mag es zutreffen, dass die volle Verlustteilnahme schon durch die Teilnahme am laufenden Verlust (infolge der Gewinnabhängigkeit der Dividende) und die Teilnahme am Liquidationsverlust sichergestellt ist (vergleiche Ch. Nowotny aaO 290 f). Nach den obigen Ausführungen (Punkt römisch eins.4.2) ist aber auch die Verlustbeteiligung im Wege der nominellen Herabsetzung des Partizipationskapitals möglich, die in Paragraph 7, der PS-Bedingungen ausdrücklich vorgesehen ist. Die Einrichtung eines „beweglichen Kapitalkontos“ mit der Konsequenz, dass das Partizipationskapital - abgesehen vom laufenden Verlust - erst im Falle der Liquidation am Verlust teilnehmen kann, stünde zu dieser Regelung in klarem Widerspruch. Sie wäre auch nicht mit dem in Paragraph 23, Absatz 12, BWG verankerten Grundsatz vereinbar, dass das Partizipationskapital „uneingeschränkt und sogleich“ für die Risiko- und Verlustdeckung zur Verfügung stehen muss.

2.2 Entgegen der Meinung der klagenden Partei ergibt sich auch aus der mit dem Abschluss des Zeichnungsvertrags

angestrebten und vollzogenen „Umwandlung“ von Ergänzungskapital in Partizipationskapital kein Anhaltspunkt, der die Annahme einer (schlüssigen) Vereinbarung eines „beweglichen Kapitalkontos“ stützen könnte. Die erwähnte „Umwandlung“ führte zum Einsatz eines mit gänzlich anderen Eigenschaften ausgestatteten Finanzierungsinstruments. Im Gegensatz zum Partizipationskapital war etwa für das Ergänzungskapital weder volle Verlustteilnahme angeordnet, noch wurde es durch die sinnngemäße Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften charakterisiert (vgl. die Kriterien in § 23 Abs 7 BWG; dazu Dellinger/Burger/Puhm aaO § 23 Rz 60 ff). Es zählte auch nicht zum Kernkapital, sondern zu den „ergänzenden Eigenmitteln höherer Qualität“ („Tier-II-Kapital“; Dellinger/Burger/Puhm aaO § 23 Rz 8). Schließlich war § 23 Abs 12 BWG auf Ergänzungskapital nicht anzuwenden.

2.2 Entgegen der Meinung der klagenden Partei ergibt sich auch aus der mit dem Abschluss des Zeichnungsvertrags angestrebten und vollzogenen „Umwandlung“ von Ergänzungskapital in Partizipationskapital kein Anhaltspunkt, der die Annahme einer (schlüssigen) Vereinbarung eines „beweglichen Kapitalkontos“ stützen könnte. Die erwähnte „Umwandlung“ führte zum Einsatz eines mit gänzlich anderen Eigenschaften ausgestatteten Finanzierungsinstruments. Im Gegensatz zum Partizipationskapital war etwa für das Ergänzungskapital weder volle Verlustteilnahme angeordnet, noch wurde es durch die sinnngemäße Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften charakterisiert vergleiche die Kriterien in Paragraph 23, Absatz 7, BWG; dazu Dellinger/Burger/Puhm aaO Paragraph 23, Rz 60 ff). Es zählte auch nicht zum Kernkapital, sondern zu den „ergänzenden Eigenmitteln höherer Qualität“ („Tier-II-Kapital“; Dellinger/Burger/Puhm aaO Paragraph 23, Rz 8). Schließlich war Paragraph 23, Absatz 12, BWG auf Ergänzungskapital nicht anzuwenden.

2.3 Aus diesen Gründen lässt aber der bloße Umstand, dass für das Ergänzungskapital ein „bewegliches Kapitalkonto“ eingerichtet war, keinen Schluss auf einen übereinstimmenden Parteiwillen zu, diese Einrichtung auch für das Partizipationskapital fortzuführen.

3. Während § 6 Abs 2 und § 7 erster Fall der PS-Bedingungen neben der Einziehung von Partizipationskapital die effektive Kapitalherabsetzung regelt, hat § 7 zweiter Fall, wie soeben erörtert, die Verlustbeteiligung des Partizipationskapitals im Falle einer nominellen Kapitalherabsetzung zum Gegenstand. Durch die Verweisung auf § 23 Abs 4 Z 4 BWG wird klargestellt, dass die zu der gesetzlichen Regelung vertretenen, hier in Punkt I.4.2 bereits behandelten Grundsätze gelten sollen.

3. Während Paragraph 6, Absatz 2 und Paragraph 7, erster Fall der PS-Bedingungen neben der Einziehung von Partizipationskapital die effektive Kapitalherabsetzung regelt, hat Paragraph 7, zweiter Fall, wie soeben erörtert, die Verlustbeteiligung des Partizipationskapitals im Falle einer nominellen Kapitalherabsetzung zum Gegenstand. Durch die Verweisung auf Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 4, BWG wird klargestellt, dass die zu der gesetzlichen Regelung vertretenen, hier in Punkt römisch eins.4.2 bereits behandelten Grundsätze gelten sollen.

3.1 Zwischen den Parteien ist strittig, ob mit der Wortfolge „im selben Ausmaß wie Aktienkapital“ eine „Koppelung“ der Herabsetzung des Partizipationskapitals an das Ausmaß der Herabsetzung des Grundkapitals zum Ausdruck gebracht wird. In der Lehre wird, soweit sie zu dieser Frage Stellung bezieht, eine derartige Vereinbarung durchwegs als zulässig angesehen (vgl. Brenn aaO 40 [„wie die Nennbeträge der Aktien“]; Fremuth aaO § 12 Rz 16 [„anteilig“]; Göth in Diwok/Göth, Bankwesengesetz [2005] § 23 Rz 33 [„anteilig“]; Dellinger/Burger/Puhm aaO § 23 Rz 32 [„verhältnismäßig“]; Ch. Nowotny aaO 291 [„im selben Verhältnis“]; vgl. auch Habersack in MüKo AktG³ [2011] § 221 Rn 107 zur Koppelung von Genusskapital an das Grundkapital).

3.1 Zwischen den Parteien ist strittig, ob mit der Wortfolge „im selben Ausmaß wie Aktienkapital“ eine „Koppelung“ der Herabsetzung des Partizipationskapitals an das Ausmaß der Herabsetzung des Grundkapitals zum Ausdruck gebracht wird. In der Lehre wird, soweit sie zu dieser Frage Stellung bezieht, eine derartige Vereinbarung durchwegs als zulässig angesehen vergleiche Brenn aaO 40 [„wie die Nennbeträge der Aktien“]; Fremuth aaO Paragraph 12, Rz 16 [„anteilig“]; Göth in Diwok/Göth, Bankwesengesetz [2005] Paragraph 23, Rz 33 [„anteilig“]; Dellinger/Burger/Puhm aaO Paragraph 23, Rz 32 [„verhältnismäßig“]; Ch. Nowotny aaO 291 [„im selben Verhältnis“]; vergleiche auch Habersack in MüKo AktG³ [2011] Paragraph 221, Rn 107 zur Koppelung von Genusskapital an das Grundkapital).

3.2 Der erkennende Senat teilt die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach § 7 der PS-Bedingungen eine solche „Koppelungsbestimmung“ enthält. Die Auslegung der Klausel hat sich nicht auf eine isolierte Betrachtung der strittigen Wortfolge zu beschränken, sondern erfordert die Erfassung ihres gesamten Sinngehalts. Im Zentrum steht die Regelung der „vollen“ Verlustteilnahme. Durch die Verknüpfung mit der nominellen Kapitalherabsetzung wird zunächst deutlich gemacht, dass schon bei dieser Maßnahme „wie bei Aktienkapital“ ein Totalverlust eintreten kann. Zu dieser Klarstellung bedürfte es nicht der zusätzlichen Wendung „im selben Ausmaß“. Mit dieser wird vielmehr - begreift man

die Bestimmung in ihrem Zusammenhang - die Bindung des Partizipationskapitals an das Aktienkapital zum Ausdruck gebracht. In diesem Sinne hat auch bereits das Berufungsgericht mit überzeugender Begründung ausgeführt, dass es sich nicht bloß um eine „leichte sprachliche Adaptierung“ der gesetzlichen Vorschrift handelt, wie die klagende Partei in ihrem Rechtsmittel nun erneut argumentiert.

3.2 Der erkennende Senat teilt die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach Paragraph 7, der PS-Bedingungen eine solche „Koppelungsbestimmung“ enthält. Die Auslegung der Klausel hat sich nicht auf eine isolierte Betrachtung der strittigen Wortfolge zu beschränken, sondern erfordert die Erfassung ihres gesamten Sinngehalts. Im Zentrum steht die Regelung der „vollen“ Verlustteilnahme. Durch die Verknüpfung mit der nominellen Kapitalherabsetzung wird zunächst deutlich gemacht, dass schon bei dieser Maßnahme „wie bei Aktienkapital“ ein Totalverlust eintreten kann. Zu dieser Klarstellung bedürfte es nicht der zusätzlichen Wendung „im selben Ausmaß“. Mit dieser wird vielmehr - begreift man die Bestimmung in ihrem Zusammenhang - die Bindung des Partizipationskapitals an das Aktienkapital zum Ausdruck gebracht. In diesem Sinne hat auch bereits das Berufungsgericht mit überzeugender Begründung ausgeführt, dass es sich nicht bloß um eine „leichte sprachliche Adaptierung“ der gesetzlichen Vorschrift handelt, wie die klagende Partei in ihrem Rechtsmittel nun erneut argumentiert.

3.3 Schon die Wortinterpretation führt somit zu dem Ergebnis, dass für den Fall einer nominellen Kapitalherabsetzung ein Gleichklang von Partizipationskapital und Grundkapital angeordnet wird. Von der Unterstellung eines „völlig überschießenden Erklärungswerts“ (so die klagende Partei in ihrer Revision) kann hingegen keine Rede sein. Hinweise, dass eine derartige Vereinbarung bei Vertragsabschluss nicht dem objektiven Parteiwillen entsprochen haben könnte, liegen nicht vor. Willensmängel hat die klagende Partei nicht geltend gemacht. Da bereits die einfache Auslegung der strittigen Vertragsbestimmung zu einem eindeutigen Ergebnis führt, kommt die subsidiäre Unklarheitenregel des § 915 ABGB nicht mehr zur Anwendung.

3.3 Schon die Wortinterpretation führt somit zu dem Ergebnis, dass für den Fall einer nominellen Kapitalherabsetzung ein Gleichklang von Partizipationskapital und Grundkapital angeordnet wird. Von der Unterstellung eines „völlig überschießenden Erklärungswerts“ (so die klagende Partei in ihrer Revision) kann hingegen keine Rede sein. Hinweise, dass eine derartige Vereinbarung bei Vertragsabschluss nicht dem objektiven Parteiwillen entsprochen haben könnte, liegen nicht vor. Willensmängel hat die klagende Partei nicht geltend gemacht. Da bereits die einfache Auslegung der strittigen Vertragsbestimmung zu einem eindeutigen Ergebnis führt, kommt die subsidiäre Unklarheitenregel des Paragraph 915, ABGB nicht mehr zur Anwendung.

3.4 Dem von der klagenden Partei unter Hinweis auf die ungleichen wirtschaftlichen Auswirkungen einer nominellen Kapitalherabsetzung für Partizipanten und Aktionäre erhobenen Vorwurf des Verstoßes gegen gesellschaftsrechtliche Treuepflichten kommt schon angesichts dieser vertraglichen Regelung keine Berechtigung zu.

4. Aus § 12 Abs 1 der PS-Bedingungen ist ein Zustimmungsrecht der Partizipanten zur Herabsetzung des Partizipationskapitals nicht ableitbar. Die Durchführung dieser Maßnahme erforderte weder eine Anpassung noch eine Ergänzung der PS-Bedingungen, ist sie doch bereits in deren § 7 ausdrücklich vorgesehen. Davon zu trennen ist die Frage, ob es nach der vollzogenen Kapitalherabsetzung einer Anpassung des § 1 der PS-Bedingungen, der die Nennbeträge des emittierten Partizipationskapitals und der Partizipationsscheine in absoluten Beträgen festhält, bedarf. Darüber ist hier aber nicht zu entscheiden.

4. Aus Paragraph 12, Absatz eins, der PS-Bedingungen ist ein Zustimmungsrecht der Partizipanten zur Herabsetzung des Partizipationskapitals nicht ableitbar. Die Durchführung dieser Maßnahme erforderte weder eine Anpassung noch eine Ergänzung der PS-Bedingungen, ist sie doch bereits in deren Paragraph 7, ausdrücklich vorgesehen. Davon zu trennen ist die Frage, ob es nach der vollzogenen Kapitalherabsetzung einer Anpassung des Paragraph eins, der PS-Bedingungen, der die Nennbeträge des emittierten Partizipationskapitals und der Partizipationsscheine in absoluten Beträgen festhält, bedarf. Darüber ist hier aber nicht zu entscheiden.

5. Damit kann als erstes Zwischenergebnis festgehalten werden, dass kein Verstoß gegen die PS-Bedingungen vorliegt, weshalb sich das mit lit a) bezeichnete Feststellungsbegehren als nicht berechtigt erweist. Insoweit muss die Revision erfolglos bleiben.

5. Damit kann als erstes Zwischenergebnis festgehalten werden, dass kein Verstoß gegen die PS-Bedingungen vorliegt, weshalb sich das mit Litera a,) bezeichnete Feststellungsbegehren als nicht berechtigt erweist. Insoweit muss die Revision erfolglos bleiben.

III. Kein Zustimmungsrecht der Partizipanten nach Aktienrecht

III. Kein Zustimmungsrecht der Partizipanten nach Aktienrecht

1. Den Partizipanten wurden gesetzlich nur wenige Rechte eingeräumt. § 23 Abs 5 BWG gewährte ihnen einen dort näher geregelten Verwässerungsschutz und gestand ihnen ein Teilnahme- und Auskunftsrecht in der Hauptversammlung zu. Das wirft die Frage nach der Rechtsstellung der Partizipanten gegenüber dem Kreditinstitut auf: 1. Den Partizipanten wurden gesetzlich nur wenige Rechte eingeräumt. Paragraph 23, Absatz 5, BWG gewährte ihnen einen dort näher geregelten Verwässerungsschutz und gestand ihnen ein Teilnahme- und Auskunftsrecht in der Hauptversammlung zu. Das wirft die Frage nach der Rechtsstellung der Partizipanten gegenüber dem Kreditinstitut auf:

1.1 Die rechtsdogmatische Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen Partizipant und Kreditinstitut ist in der Lehre umstritten, wobei die Beurteilung als aktienähnlich ausgestaltetes Genussrecht überwiegt (vgl. Fremuth aaO § 23 Rz 16; Brenn aaO 18; van Husen aaO 311 f; Nagele/Lux aaO § 174 Rz 55; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 174 Rz 21; auch Ch. Nowotny aaO 280; Winner, MüKo AktG³ [2011] § 221 Rn 398, der das Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Partizipanten allerdings als stille Gesellschaft qualifiziert; aM Kastner aaO 179 „bedingte Gläubigerrechte“; diesem offenbar zustimmend Rüffler aaO 1045). 1.1 Die rechtsdogmatische Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen Partizipant und Kreditinstitut ist in der Lehre umstritten, wobei die Beurteilung als aktienähnlich ausgestaltetes Genussrecht überwiegt (vergleiche Fremuth aaO Paragraph 23, Rz 16; Brenn aaO 18; van Husen aaO 311 f; Nagele/Lux aaO Paragraph 174, Rz 55; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Paragraph 174, Rz 21; auch Ch. Nowotny aaO 280; Winner, MüKo AktG³ [2011] Paragraph 221, Rn 398, der das Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Partizipanten allerdings als stille Gesellschaft qualifiziert; aM Kastner aaO 179 „bedingte Gläubigerrechte“; diesem offenbar zustimmend Rüffler aaO 1045).

1.2 Zahlreiche Autoren betonen ferner eine gewisse inhaltliche Nähe des Partizipationskapitals zu stimmrechtslosen Vorzugsaktien, auf die auch schon in den Materialien zu § 23 BWG hingewiesen worden war (ErläutRV 1130 BlgNR XVIII. GP 130; abgedruckt bei van Husen aaO 304 f). Gleichzeitig werden die (wesentlichen) Unterschiede zwischen Partizipanten und Vorzugsaktionären thematisiert. In diesem Zusammenhang wird vor allem hervorgehoben, dass der Vorzugsaktionär im Gegensatz zum Partizipanten bis auf das Stimmrecht über sämtliche Aktionärsrechte verfügt und selbst das Stimmrecht wieder aufleben kann (vgl. § 12a AktG idF AktRÄG 2009, BGBl I 2009/71). Beim Partizipanten kommt hingegen ein Stimmrecht keinesfalls in Betracht (Brenn aaO 17; van Husen aaO 303 und 317; Nagele/Lux aaO § 174 Rz 55; vgl. auch Chini in Chini/Oppitz, BWG [2011] § 23 Anm 31). Mit Ausnahme des Teilnahme- und Auskunftsrechts (§ 23 Abs 5 BWG) stehen ihm auch keine sonstigen Aktionärsrechte zu (dazu etwa Kastner aaO 178; Brenn aaO 17; aM für das Recht auf Anfechtung eines rechtswidrigen Beschlusses über die Herabsetzung des Partizipationskapitals Rüffler aaO 1047 ff). 1.2 Zahlreiche Autoren betonen ferner eine gewisse inhaltliche Nähe des Partizipationskapitals zu stimmrechtslosen Vorzugsaktien, auf die auch schon in den Materialien zu Paragraph 23, BWG hingewiesen worden war (ErläutRV 1130 BlgNR römisch achtzehn. Gesetzgebungsperiode 130, ; abgedruckt bei van Husen aaO 304 f). Gleichzeitig werden die (wesentlichen) Unterschiede zwischen Partizipanten und Vorzugsaktionären thematisiert. In diesem Zusammenhang wird vor allem hervorgehoben, dass der Vorzugsaktionär im Gegensatz zum Partizipanten bis auf das Stimmrecht über sämtliche Aktionärsrechte verfügt und selbst das Stimmrecht wieder aufleben kann (vergleiche Paragraph 12 a, AktG in der Fassung AktRÄG 2009, BGBl I 2009/71). Beim Partizipanten kommt hingegen ein Stimmrecht keinesfalls in Betracht (Brenn aaO 17; van Husen aaO 303 und 317; Nagele/Lux aaO Paragraph 174, Rz 55; vergleiche auch Chini in Chini/Oppitz, BWG [2011] Paragraph 23, Anmerkung 31,). Mit Ausnahme des Teilnahme- und Auskunftsrechts (Paragraph 23, Absatz 5, BWG) stehen ihm auch keine sonstigen Aktionärsrechte zu (dazu etwa Kastner aaO 178; Brenn aaO 17; aM für das Recht auf Anfechtung eines rechtswidrigen Beschlusses über die Herabsetzung des Partizipationskapitals Rüffler aaO 1047 ff).

1.3 Der Oberste Gerichtshof hat sich mit der Rechtsposition der Partizipanten unter Darstellung der unterschiedlichen Begründungsansätze bereits befasst, ohne sich auf eine der vertretenen Lehrmeinungen festzulegen (6 Ob 109/01z). In neueren Entscheidungen wurde jedoch ausgesprochen, dass Genussrechte ein Dauerschuldverhältnis begründen, bei dem das außerordentliche Kündigungsrecht in den Genussscheinbedingungen nicht wirksam abbedungen werden kann (10 Ob 34/05f; 1 Ob 105/10p; RIS-Justiz RS0117291 [T1], RS0117292 [T2]). Dabei wurde offen gelassen, ob dies ungeachtet der aufsichtsrechtlichen Regelung des § 23 Abs 4 Z 1 BWG auch für Partizipationskapital, insbesondere gegenüber Verbrauchern, zu gelten hätte (1 Ob 105/10p; vgl. dazu Dellinger/Burger/Puhm aaO § 23 Rz 30). 1.3 Der Oberste Gerichtshof hat sich mit der Rechtsposition der Partizipanten unter Darstellung der unterschiedlichen Begründungsansätze bereits befasst, ohne sich auf eine der vertretenen Lehrmeinungen festzulegen (6 Ob 109/01z). In

neueren Entscheidungen wurde jedoch ausgesprochen, dass Genussrechte ein Dauerschuldverhältnis begründen, bei dem das außerordentliche Kündigungsrecht in den Genussscheinbedingungen nicht wirksam abbedungen werden kann (10 Ob 34/05f; 1 Ob 105/10p; RIS-Justiz RS0117291 [T1], RS0117292 [T2]). Dabei wurde offen gelassen, ob dies ungeachtet der aufsichtsrechtlichen Regelung des Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer eins, BWG auch für Partizipationskapital, insbesondere gegenüber Verbrauchern, zu gelten hätte (1 Ob 105/10p; vergleiche dazu Dellinger/Burger/Puhm aaO Paragraph 23, Rz 30).

2. Für die Lösung der Frage, ob der klagenden Partei bei der nominellen Herabsetzung des Partizipationskapitals in analoger Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften ein Mitwirkungsrecht einzuräumen gewesen wäre, sind aus den folgenden Gründen keine weiterführenden Überlegungen zur rechtsdogmatischen Einordnung der Partizipanten erforderlich:

2.1 Gemäß dem in § 182 Abs 2 AktG enthaltenen Verweis auf § 175 Abs 1 und 2 AktG gelten für die vereinfachte Kapitalherabsetzung dieselben Beschlusserfordernisse wie für die ordentliche Kapitalherabsetzung. Es bedarf eines Beschlusses der Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit und einer Kapitalmehrheit von zumindest drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals. Bei mehreren Aktiengattungen sind entsprechende Sonderbeschlüsse aller stimmberechtigten Aktiengattungen erforderlich. In den Fällen des § 129 Abs 1 AktG (idF AktRÄG 2009), also bei Aufhebung oder Beschränkung des Vorzugs, gilt dies auch für die stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre (Bachner aaO § 182 Rz 13 und § 175 Rz 17). 2.1 Gemäß dem in Paragraph 182, Absatz 2, AktG enthaltenen Verweis auf Paragraph 175, Absatz eins und 2 AktG gelten für die vereinfachte Kapitalherabsetzung dieselben Beschlusserfordernisse wie für die ordentliche Kapitalherabsetzung. Es bedarf eines Beschlusses der Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit und einer Kapitalmehrheit von zumindest drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals. Bei mehreren Aktiengattungen sind entsprechende Sonderbeschlüsse aller stimmberechtigten Aktiengattungen erforderlich. In den Fällen des Paragraph 129, Absatz eins, AktG in der Fassung AktRÄG 2009), also bei Aufhebung oder Beschränkung des Vorzugs, gilt dies auch für die stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre (Bachner aaO Paragraph 182, Rz 13 und Paragraph 175, Rz 17).

2.2 Infolge der häufig registrierten inhaltlichen Nähe von Partizipationskapital zu stimmrechtslosen Vorzugsaktien prüfte das Erstgericht in analoger Anwendung des § 129 Abs 1 AktG, ob den Partizipanten im Falle einer nominellen Kapitalherabsetzung ein Zustimmungsgeschäft zu gewähren ist. Wäre dies zu bejahen, so wäre der von der Hauptversammlung gefasste Beschluss (schwebend) unwirksam geblieben, weil ein Sonderbeschluss der Partizipanten fehlt (vgl M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 129 Rz 60; zur Rechtsfolge der Unwirksamkeit vgl auch 10 Ob 32/00d; Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Vor § 195 Rz 20). Einen diesbezüglichen Ausspruch strebt die klagende Partei mit dem als lit c) bezeichneten Feststellungsbegehren an. 2.2 Infolge der häufig registrierten inhaltlichen Nähe von Partizipationskapital zu stimmrechtslosen Vorzugsaktien prüfte das Erstgericht in analoger Anwendung des Paragraph 129, Absatz eins, AktG, ob den Partizipanten im Falle einer nominellen Kapitalherabsetzung ein Zustimmungsgeschäft zu gewähren ist. Wäre dies zu bejahen, so wäre der von der Hauptversammlung gefasste Beschluss (schwebend) unwirksam geblieben, weil ein Sonderbeschluss der Partizipanten fehlt vergleiche M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Paragraph 129, Rz 60; zur Rechtsfolge der Unwirksamkeit vergleiche auch 10 Ob 32/00d; Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Vor Paragraph 195, Rz 20). Einen diesbezüglichen Ausspruch strebt die klagende Partei mit dem als Litera c,) bezeichneten Feststellungsbegehren an.

2.3 Den stimmrechtslosen Vorzugsaktionären wird ein Zustimmungsgeschäft nur bei unmittelbarer, nicht aber bei mittelbarer Beeinträchtigung eingeräumt. Umstritten ist jedoch, wann eine bloß mittelbare Beeinträchtigung vorliegt. Nach herrschender Ansicht ist das Vorliegen einer unmittelbaren Beeinträchtigung im Falle einer nominellen Kapitalherabsetzung zu verneinen, wenn der Vorzug auf einen bestimmten Prozentsatz des Nennbetrags lautet, weil dieser durch die Herabsetzung der Bemessungsgrundlage unberührt bleibt. Wenngleich der effektiv ausgeschüttete Betrag in Zukunft geringer ausfällt, liegt nach dieser Auffassung bloß eine wirtschaftliche, also „mittelbare“ Beeinträchtigung vor (vgl Bachner aaO § 175 Rz 17; Straube/Rauter, Sonderbeschluss der stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre bei Kapitalherabsetzung?, GeS 2006, 431 [435]; Hüffer, Aktiengesetz¹⁰ [2012] § 141 Rn 9; Schröer in MüKo AktG³ [2013] § 141 Rn 10; Oechsler in MüKo AktG³ [2011] § 222 Rn 34) 2.3 Den stimmrechtslosen Vorzugsaktionären wird ein Zustimmungsgeschäft nur bei unmittelbarer, nicht aber bei mittelbarer Beeinträchtigung eingeräumt. Umstritten ist jedoch, wann eine bloß mittelbare Beeinträchtigung vorliegt. Nach herrschender Ansicht ist das Vorliegen einer unmittelbaren Beeinträchtigung im Falle einer nominellen Kapitalherabsetzung zu verneinen, wenn

der Vorzug auf einen bestimmten Prozentsatz des Nennbetrags lautet, weil dieser durch die Herabsetzung der Bemessungsgrundlage unberührt bleibt. Wenngleich der effektiv ausgeschüttete Betrag in Zukunft geringer ausfällt, liegt nach dieser Auffassung bloß eine wirtschaftliche, also „mittelbare“ Beeinträchtigung vor vergleiche Bachner aaO Paragraph 175, Rz 17; Straube/Rauter, Sonderbeschluss der stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre bei Kapitalherabsetzung?, GeS 2006, 431 [435]; Hüffer, Aktiengesetz¹⁰ [2012] Paragraph 141, Rn 9; Schröer in MüKo AktG³ [2013] Paragraph 141, Rn 10; Oechsler in MüKo AktG³ [2011] Paragraph 222, Rn 34).

2.4 Als eines der Hauptargumente wird dazu ins Treffen geführt, dass die vom Stimmrecht ausgeschlossenen Kapitalgeber nicht in der Lage sein sollten, speziell sanierende Kapitalherabsetzungen und damit Maßnahmen im unternehmerischen Kernbereich durch Versagung ihrer Zustimmung scheitern zu lassen (Hüffer aaO § 141 Rn 9; Straube/Rauter aaO 435; insoweit zustimmend auch M. Doralt aaO § 129 Rz 46). Die Vertreter der Gegenmeinung, denen sich das Erstgericht anschloss, sehen unabhängig davon aber schon eine unmittelbare Beeinträchtigung, wenn der Vorzug nicht in absoluten Beträgen gleich bleibt (M. Doralt aaO § 129 Rz 46; Lutter in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz² [1995] § 222 Rz 7).

2.4 Als eines der Hauptargumente wird dazu ins Treffen geführt, dass die vom Stimmrecht ausgeschlossenen Kapitalgeber nicht in der Lage sein sollten, speziell sanierende Kapitalherabsetzungen und damit Maßnahmen im unternehmerischen Kernbereich durch Versagung ihrer Zustimmung scheitern zu lassen (Hüffer aaO Paragraph 141, Rn 9; Straube/Rauter aaO 435; insoweit zustimmend auch M. Doralt aaO Paragraph 129, Rz 46). Die Vertreter der Gegenmeinung, denen sich das Erstgericht anschloss, sehen unabhängig davon aber schon eine unmittelbare Beeinträchtigung, wenn der Vorzug nicht in absoluten Beträgen gleich bleibt (M. Doralt aaO Paragraph 129, Rz 46; Lutter in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz² [1995] Paragraph 222, Rz 7).

2.5 Auf der Grundlage der soeben referierten herrschenden Ansicht gelangen Dellinger/Burger/Puhm (aaO § 23 Rz 33) für die Partizipanten zu dem Ergebnis, dass mit einem Beschluss der Gesellschafter das Auslangen zu finden sei, solange die Kapitalherabsetzung verhältnismäßig sowohl das Nennkapital als auch das Partizipationskapital betrifft (vgl dazu aber Rüffler aaO 1042 [FN 1]). Für diese Meinung könnte auch sprechen, dass andernfalls das Partizipationskapital wegen des regelmäßig zu erwartenden Widerstands der Partizipanten gegen eine Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Position der ihm in § 23 Abs 12 BWG zugedachten Funktion, dem Kreditinstitut „uneingeschränkt und sogleich“ zur Risiko- und Verlustabdeckung zur Verfügung zu stehen, nicht gerecht werden kann.

2.5 Auf der Grundlage der soeben referierten herrschenden Ansicht gelangen Dellinger/Burger/Puhm (aaO Paragraph 23, Rz 33) für die Partizipanten zu dem Ergebnis, dass mit einem Beschluss der Gesellschafter das Auslangen zu finden sei, solange die Kapitalherabsetzung verhältnismäßig sowohl das Nennkapital als auch das Partizipationskapital betrifft vergleiche dazu aber Rüffler aaO 1042 [FN 1]). Für diese Meinung könnte auch sprechen, dass andernfalls das Partizipationskapital wegen des regelmäßig zu erwartenden Widerstands der Partizipanten gegen eine Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Position der ihm in Paragraph 23, Absatz 12, BWG zugedachten Funktion, dem Kreditinstitut „uneingeschränkt und sogleich“ zur Risiko- und Verlustabdeckung zur Verfügung zu stehen, nicht gerecht werden kann.

Die klagende Partei hält dem in ihrer Revision entgegen, dass den Vorzugsaktionären (hier: den Partizipanten) nicht einseitig ein in einem wirtschaftlichen Nachteil gelegenes „Sonderopfer“ aufgebürdet werden könnte. Sie sieht in einer „automatischen“ Herabsetzung des Partizipationskapitals ohne vertragliche Grundlage eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und einen verfassungswidrigen Eingriff in das Eigentumsrecht.

2.6 Diese Ausführungen gehen aber (ebenso wie jene des Erstgerichts) von unzutreffenden Prämissen aus:

Wie schon erörtert wurde, enthält § 7 der PS-Bedingungen eine Regelung, die die Verlustteilnahme des Partizipationskapitals bei nomineller Kapitalherabsetzung an das Aktienkapital „koppelt“. Darin liegt die zu Unrecht vermisste vertragliche Grundlage für die verhältnismäßige Herabsetzung des Partizipationskapitals. In seinen wesentlichen Grundzügen entspricht die Ausgangslage somit durchaus jener, die dem vom Erstgericht behandelten, zur Herabsetzung von Genusskapital ergangenen „Klöckner-Urteil“ des deutschen Bundesgerichtshofs vom 5. 10. 1992, II ZR 172/91, zugrunde lag (dazu Lutter in ZGR 1993, 291). Dort wurde das von einem (ehemaligen) Genussrechtsinhaber für sich reklamierte Zustimmungsrecht mit Hinweis auf die vertragliche Vereinbarung in den Genussscheinbedingungen abgelehnt (zust Lutter in ZGR 1993, 291 [296 f]).

Wie schon erörtert wurde, enthält Paragraph 7, der PS-Bedingungen eine Regelung, die die Verlustteilnahme des Partizipationskapitals bei nomineller Kapitalherabsetzung an das Aktienkapital „koppelt“. Darin liegt die zu Unrecht vermisste vertragliche Grundlage für die verhältnismäßige Herabsetzung des Partizipationskapitals. In seinen wesentlichen Grundzügen entspricht die

Ausgangslage somit durchaus jener, die dem vom Erstgericht behandelten, zur Herabsetzung von Genusskapital ergangenen „Klöckner-Urteil“ des deutschen Bundesgerichtshofs vom 5. 10. 1992, II ZR 172/91, zugrunde lag (dazu Lutter in ZGR 1993, 291). Dort wurde das von einem (ehemaligen) Genussrechtsinhaber für sich reklamierte Zustimmungsrecht mit Hinweis auf die vertragliche Vereinbarung in den Genussscheinbedingungen abgelehnt (zust Lutter in ZGR 1993, 291 [296 ff]).

Für den vorliegenden Fall ist daraus zu gewinnen, dass schon aufgrund der vertraglichen Regelung in § 7 der PS-Bedingungen ein Zustimmungsrecht der klagenden Partei nicht in Frage kommt. Da die Herabsetzung des Grundkapitals „automatisch“ eine solche des Partizipationskapitals „im selben Ausmaß“, also im gleichen Verhältnis - konkret um (gerundet) je 69,43 % - nach sich zog, blieb weder für eine (nochmalige) Zustimmung noch für deren Verweigerung Raum. Die Mitwirkung an der Herabsetzung des Grundkapitals bleibt den Partizipanten mangels entsprechender Aktionärsrechte aber jedenfalls verwehrt. Unter diesen Umständen erübrigt sich aber auch eine abschließende Auseinandersetzung mit den divergierenden Lehrmeinungen zum ausnahmsweisen Zustimmungsrecht stimmrechtsloser Vorzugsaktionäre. Angesichts der vertraglichen Regelung liegt kein „einseitiger“ Eingriff in die Rechte der klagenden Partei vor. Für den vorliegenden Fall ist daraus zu gewinnen, dass schon aufgrund der vertraglichen Regelung in Paragraph 7, der PS-Bedingungen ein Zustimmungsrecht der klagenden Partei nicht in Frage kommt. Da die Herabsetzung des Grundkapitals „automatisch“ eine solche des Partizipationskapitals „im selben Ausmaß“, also im gleichen Verhältnis - konkret um (gerundet) je 69,43 % - nach sich zog, blieb weder für eine (nochmalige) Zustimmung noch für deren Verweigerung Raum. Die Mitwirkung an der Herabsetzung des Grundkapitals bleibt den Partizipanten mangels entsprechender Aktionärsrechte aber jedenfalls verwehrt. Unter diesen Umständen erübrigt sich aber auch eine abschließende Auseinandersetzung mit den divergierenden Lehrmeinungen zum ausnahmsweisen Zustimmungsrecht stimmrechtsloser Vorzugsaktionäre. Angesichts der vertraglichen Regelung liegt kein „einseitiger“ Eingriff in die Rechte der klagenden Partei vor.

3. Somit kann als weiteres Zwischenergebnis festgehalten werden, dass auch das auf die Feststellung der „Unwirksamkeit“ der Kapitalherabsetzung gerichtete Feststellungsbegehren (lit c) nicht berechtigt ist. Das gilt ebenso für das mit lit f) bezeichnete Begehren auf Feststellung, dass eine Herabsetzung des Nennbetrags des Partizipationskapitals nur „im Einvernehmen“ zwischen den Streitteilen erfolgen könne. Ein rechtliches Interesse an diesem Begehren ist nicht erkennbar, weil ein solches Einvernehmen vertraglich ohnehin bereits erzielt worden ist. Auch in diesem Umfang muss die Revision daher erfolglos bleiben. 3. Somit kann als weiteres Zwischenergebnis festgehalten werden, dass auch das auf die Feststellung der „Unwirksamkeit“ der Kapitalherabsetzung gerichtete Feststellungsbegehren (Litera c.) nicht berechtigt ist. Das gilt ebenso für das mit Litera f.) bezeichnete Begehren auf Feststellung, dass eine Herabsetzung des Nennbetrags des Partizipationskapitals nur „im Einvernehmen“ zwischen den Streitteilen erfolgen könne. Ein rechtliches Interesse an diesem Begehren ist nicht erkennbar, weil ein solches Einvernehmen vertraglich ohnehin bereits erzielt worden ist. Auch in diesem Umfang muss die Revision daher erfolglos bleiben.

IV. Auflösung der Haftrücklage:römisch vier. Auflösung der Haftrücklage:

1. Gemäß § 183 AktG idF AktRÄG 2009 ist die vereinfachte Kapitalherabsetzung nur zulässig, nachdem der zehn Prozent des nach der Herabsetzung verbleibenden Grundkapitals übersteigende Teil der gebundenen Rücklagen (§ 229 UGB) und alle nicht gebundenen Kapitalrücklagen sowie alle satzungsmäßigen und andere Gewinnrücklagen vorweg aufgelöst sind. Diese Bestimmung normiert die Subsidiarität der vereinfachten Kapitalherabsetzung gegenüber der Verlustabdeckung durch Rücklagenauflösung. Sie dient in erster Linie dem Schutz der Aktionäre. Ihnen soll ein Eingriff in ihre Mitgliedschaft nur zugemutet werden, wenn andere Wege zum Verlustausgleich nicht offen stehen (Bachner aaO § 183 Rz 1; Nagele/Lux aaO § 183 Rz 1). 1. Gemäß Paragraph 183, AktG in der Fassung AktRÄG 2009 ist die vereinfachte Kapitalherabsetzung nur zulässig, nachdem der zehn Prozent des nach der Herabsetzung verbleibenden Grundkapitals übersteigende Teil der gebundenen Rücklagen (Paragraph 229, UGB) und alle nicht gebundenen Kapitalrücklagen sowie alle satzungsmäßigen und andere Gewinnrücklagen vorweg aufgelöst sind. Diese Bestimmung normiert die Subsidiarität der vereinfachten Kapitalherabsetzung gegenüber der Verlustabdeckung durch Rücklagenauflösung. Sie dient in erster Linie dem Schutz der Aktionäre. Ihnen soll ein Eingriff in ihre Mitgliedschaft nur zugemutet werden, wenn andere Wege zum Verlustausgleich nicht offen stehen (Bachner aaO Paragraph 183, Rz 1; Nagele/Lux aaO Paragraph 183, Rz 1).

§ 229 UGB regelt und definiert die einzelnen Komponenten des Eigenkapitals (Christian in U. Torggler, UGB [2013])

§ 229 Rz 1). Abs 2 dieser Bestimmung nennt in den Z 1 bis 4 jene Beträge, die in die gebundene Kapitalrücklage einzustellen sind (§ 229 Abs 5 UGB). Dazu gehören das Aufgeld bei der Neuausgabe von Anteilen (Z 1), das Aufgeld für Wandlungs- und Optionsrechte (Z 2), Zuzahlungen gegen Gewährung eines Vorzugs (Z 3) sowie gemäß § 185 und § 192 Abs 5 AktG sowie § 59 GmbHG bei Kapitalherabsetzungen in der Kapitalrücklage zu bindende Beträge (Z 4). Diese Aufzählung ist taxativ (Bachner aaO § 182 Rz 10). Aktiengesellschaften haben gemäß § 229 Abs 4 UGB gebundene Rücklagen auszuweisen, die aus der gebundenen Kapitalrücklage und der gesetzlichen Rücklage (§ 229 Abs 6 UGB) bestehen. Paragraph 229, UGB regelt und definiert die einzelnen Komponenten des Eigenkapitals (Christian in U. Torggler, UGB [2013] Paragraph 229, Rz 1). Absatz 2, dieser Bestimmung nennt in den Ziffer eins bis 4 jene Beträge, die in die gebundene Kapitalrücklage einzustellen sind (Paragraph 229, Absatz 5, UGB). Dazu gehören das Aufgeld bei der Neuausgabe von Anteilen (Ziffer eins,), das Aufgeld für Wandlungs- und Optionsrechte (Ziffer 2,), Zuzahlungen gegen Gewährung eines Vorzugs (Ziffer 3,) sowie gemäß Paragraph 185 und Paragraph 192, Absatz 5, AktG sowie Paragraph 59, GmbHG bei Kapitalherabsetzungen in der Kapitalrücklage zu bindende Beträge (Ziffer 4,). Diese Aufzählung ist taxativ (Bachner aaO Paragraph 182, Rz 10). Aktiengesellschaften haben gemäß Paragraph 229, Absatz 4, UGB gebundene Rücklagen auszuweisen, die aus der gebundenen Kapitalrücklage und der gesetzlichen Rücklage (Paragraph 229, Absatz 6, UGB) bestehen.

2. Kreditinstitute haben - unabhängig davon, ob sie über Partizipationskapital verfügen - eine Haftrücklage zu bilden, die nach der hier maßgeblichen Rechtslage 1 % der Bemessungsgrundlage für das Kreditrisiko gemäß § 22 Abs 2 BWG betrug (§ 23 Abs 6 BWG; vgl nunmehr § 57 Abs 5 BWG idFBGBI I 2013/184). Eine Auflösung der Haftrücklage durfte (und darf) nur insoweit erfolgen, als dies zur Erfüllung von Verpflichtungen gemäß § 93 (laut Dellinger/Burger/Puhm aaO § 23 Rz 51 richtig § 93a Abs 1) BWG oder zur Deckung sonst im Jahresabschluss auszuweisender Verluste erforderlich ist. 2. Kreditinstitute haben - unabhängig davon, ob sie über Partizipationskapital verfügen - eine Haftrücklage zu bilden, die nach der hier maßgeblichen Rechtslage 1 % der Bemessungsgrundlage für das Kreditrisiko gemäß Paragraph 22, Absatz 2, BWG betrug (Paragraph 23, Absatz 6, BWG; vergleiche nunmehr Paragraph 57, Absatz 5, BWG in der Fassung BGBI I 2013/184). Eine Auflösung der Haftrücklage durfte (und darf) nur insoweit erfolgen, als dies zur Erfüllung von Verpflichtungen gemäß Paragraph 93, (laut Dellinger/Burger/Puhm aaO Paragraph 23, Rz 51 richtig Paragraph 93 a, Absatz eins,) BWG oder zur Deckung sonst im Jahresabschluss auszuweisender Verluste erforderlich ist.

Die Haftrücklage ist eine gebundene Rücklage, da sie nur in bestimmten und gesetzlich abschließend geregelten Fällen aufgelöst werden kann (Göth in Diwok/Göth aaO § 23 Rz 43; Dellinger/Burger/Puhm aaO § 23 Rz 51; Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG [2008] § 43 Rz 9). In beiden Fällen besteht ein Wahlrecht zur Auflösung. Im Verlustfall kann die Haftrücklage nur bis zu jener Höhe aufgedeckt werden, die notwendig ist, um den Verlust zu saldieren und damit ein Nullergebnis auszuweisen. Abzustellen ist auf den Bilanzverlust, sodass die Haftrücklage auch im Hinblick auf einen Verlustvortrag aufgelöst werden kann (Göth aaO § 23 Rz 43). Wird sie ganz oder teilweise verbraucht, so ist sie im Ausmaß des aufgelösten Betrags längstens innerhalb der folgenden fünf Geschäftsjahre wieder aufzufüllen (Dellinger/Burger/Puhm aaO § 23 Rz 52; Chini aaO § 23 Rz 33; auch Göth aaO § 23 Rz 44). Die Haftrücklage ist eine gebundene Rücklage, da sie nur in bestimmten und gesetzlich abschließend geregelten Fällen aufgelöst werden kann (Göth in Diwok/Göth aaO Paragraph 23, Rz 43; Dellinger/Burger/Puhm aaO Paragraph 23, Rz 51; Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG [2008] Paragraph 43, Rz 9). In beiden Fällen besteht ein Wahlrecht zur Auflösung. Im Verlustfall kann die Haftrücklage nur bis zu jener Höhe aufgedeckt werden, die notwendig ist, um den Verlust zu saldieren und damit ein Nullergebnis auszuweisen. Abzustellen ist auf den Bilanzverlust, sodass die Haftrücklage auch im Hinblick auf einen Verlustvortrag aufgelöst werden kann (Göth aaO Paragraph 23, Rz 43). Wird sie ganz oder teilweise verbraucht, so ist sie im Ausmaß des aufgelösten Betrags längstens innerhalb der folgenden fünf Geschäftsjahre wieder aufzufüllen (Dellinger/Burger/Puhm aaO Paragraph 23, Rz 52; Chini aaO Paragraph 23, Rz 33; auch Göth aaO Paragraph 23, Rz 44).

3. Richtig ist, dass die Haftrücklage iSd § 23 Abs 6 BWG nicht zu den in § 229 UGB aufgezählten gebundenen Kapitalrücklagen zählt. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass die Haftrücklage in der Bilanz eines Kreditinstituts laut Anlage 2 zu § 43 BWG neben den gebundenen und nicht gebundenen Kapitalrücklagen als eigener Passivposten ausgewiesen werden muss (vgl Laurer aaO § 43 Rz 9). 3. Richtig ist, dass die Haftrücklage iSd Paragraph 23, Absatz 6, BWG nicht zu den in Paragraph 229, UGB aufgezählten gebundenen Kapitalrücklagen zählt. Dies kommt auch darin

zum Ausdruck, dass die Haftrücklage in der Bilanz eines Kreditinstituts laut Anlage 2 zu Paragraph 43, BWG neben den gebundenen und nicht gebundenen Kapitalrücklagen als eigener Passivposten ausgewiesen werden muss (vergleiche Laurer aaO Paragraph 43, Rz 9).

Es stellt sich die bisher weder in der Rechtsprechung noch - soweit ersichtlich - im Schrifttum behandelte Frage, ob die (nur) von Kreditinstituten zu bildende Haftrücklage vor einer vereinfachten Kapitalherabsetzung nach den §§ 182 ff AktG ebenfalls aufgelöst werden muss. Dazu bedürfte es einer analogen Einbeziehung der Haftrücklage in die gebundenen Rücklagen iSd § 183 AktG iVm § 229 UGB. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs schließt selbst eine taxative Aufzählung (wie hier in § 229 Abs 2 Z 1 bis 4 UGB) Analogie nicht aus, wenn der nicht besonders angeführte Fall alle motivierenden Merkmale der geregelten Fälle enthält und das Prinzip der Norm auch in einem ihrem Tatbestand ähnlichen Fall Beachtung fordert. Dann ist vom Vorliegen einer „unechten“ Gesetzeslücke auszugehen. Bei dieser erfordert der Normzweck in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz die Erstreckung der Rechtsfolgenanordnung einer gesetzlichen Norm auf den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Fall (vgl 6 Ob 160/13t mwN; RIS-Justiz RS0008839). Es stellt sich die bisher weder in der Rechtsprechung noch - soweit ersichtlich - im Schrifttum behandelte Frage, ob die (nur) von Kreditinstituten zu bildende Haftrücklage vor einer vereinfachten Kapitalherabsetzung nach den Paragraphen 182, ff AktG ebenfalls aufgelöst werden muss. Dazu bedürfte es einer analogen Einbeziehung der Haftrücklage in die gebundenen Rücklagen iSd Paragraph 183, AktG in Verbindung mit Paragraph 229, UGB. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs schließt selbst eine taxative Aufzählung (wie hier in Paragraph 229, Absatz 2, Ziffer eins bis 4 UGB) Analogie nicht aus, wenn der nicht besonders angeführte Fall alle motivierenden Merkmale der geregelten Fälle enthält und das Prinzip der Norm auch in einem ihrem Tatbestand ähnlichen Fall Beachtung fordert. Dann ist vom Vorliegen einer „unechten“ Gesetzeslücke auszugehen. Bei dieser erfordert der Normzweck in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz die Erstreckung der Rechtsfolgenanordnung einer gesetzlichen Norm auf den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Fall (vergleiche 6 Ob 160/13t mwN; RIS-Justiz RS0008839).

4. Diese Voraussetzungen sind nach Ansicht des Senats hier zu bejahen:

4.1 Gebundene Rücklagen dürfen nach § 229 Abs 7 UGB nur zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlusts aufgelöst werden (Christian aaO § 229 Rz 25; Bachner aaO § 182 Rz 10). Auch die Haftrücklage, die ihrem Charakter nach eine gebundene Rücklage ist, kann zur Abdeckung des Bilanzverlusts aufgelöst werden (vgl Göth aaO § 23 Rz 43). Sowohl die gebundenen Rücklagen nach § 229 UGB als auch die Haftrücklage nach § 23 Abs 6 BWG dienen insoweit demselben Ziel. Berücksichtigt man den vorrangigen Zweck des § 183 AktG, nämlich den Schutz der Aktionäre, und die aus diesem Grund angeordnete Subsidiarität der vereinfachten Kapitalherabsetzung, so ist von einer „unechten“ Gesetzeslücke auszugehen, die bei einem in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft organisierten Kreditinstitut eine zu den gebundenen Rücklagen des § 183 AktG iVm § 229 UGB analoge Behandlung der Haftrücklage nach § 23 Abs 6 BWG als geboten erscheinen lässt.

4.1 Gebundene Rücklagen dürfen nach Paragraph 229, Absatz 7, UGB nur zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlusts aufgelöst werden (Christian aaO Paragraph 229, Rz 25; Bachner aaO Paragraph 182, Rz 10). Auch die Haftrücklage, die ihrem Charakter nach eine gebundene Rücklage ist, kann zur Abdeckung des Bilanzverlusts aufgelöst werden (vergleiche Göth aaO Paragraph 23, Rz 43). Sowohl die gebundenen Rücklagen nach Paragraph 229, UGB als auch die Haftrücklage nach Paragraph 23, Absatz 6, BWG dienen insoweit demselben Ziel. Berücksichtigt man den vorrangigen Zweck des Paragraph 183, AktG, nämlich den Schutz der Aktionäre, und die aus diesem Grund angeordnete Subsidiarität der vereinfachten Kapitalherabsetzung, so ist von einer „unechten“ Gesetzeslücke auszugehen, die bei einem in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft organisierten Kreditinstitut eine zu den gebundenen Rücklagen des Paragraph 183, AktG in Verbindung mit Paragraph 229, UGB analoge Behandlung der Haftrücklage nach Paragraph 23, Absatz 6, BWG als geboten erscheinen lässt.

4.2 Die von der beklagten Partei dagegen vorgetragener Einwände überzeugen nicht: Weder der Umstand, dass es sich bei § 23 Abs 6 BWG um eine lex specialis handelt, noch dass das Kreditinstitut nach dieser Vorschrift zur Auflösung der Rücklage nicht verpflichtet ist - dies gilt auch gemäß § 229 Abs 7 UGB - rechtfertigt eine Sonderbehandlung der Haftrücklage. Im Vorfeld einer vereinfachten Kapitalherabsetzung kommt das ansonsten zustehende Wahlrecht, ob die Rücklage aufgelöst werden soll, eben nicht in Betracht. Die Behauptung, die Haftrücklage dürfe nicht unter das gesetzliche Mindestmaß des § 22 Abs 2 iVm § 23 Abs 6 BWG aufgelöst werden, findet im Gesetz keine Stütze und widerspricht den wiedergegebenen Lehrmeinungen, wonach die Haftrücklage zum Zweck der Verlustabdeckung sogar

zur Gänze aufgelöst werden kann. Gerade die Abdeckung des Bilanzverlusts steht aber vor der Durchführung einer vereinfachten Kapitalherabsetzung im Vordergrund, sodass nicht einzusehen wäre, warum die Auflösung der Haftrücklage gerade dann nicht zulässig sein soll. Die Pflicht zur Wiederauffüllung der aufgelösten Haftrücklage auf das ursprüngliche Ausmaß in den folgenden fünf Geschäftsjahren stellt jedenfalls kein Hindernis dar, besteht sie doch auch, wenn die Haftrücklage unabhängig von einer Kapitalherabsetzung zur Verlustabdeckung verwendet wird.^{4.2} Die von der beklagten Partei dagegen vorgetragene Einwände überzeugen nicht: Weder der Umstand, dass es sich bei Paragraph 23, Absatz 6, BWG um eine *lex specialis* handelt, noch dass das Kreditinstitut nach dieser Vorschrift zur Auflösung der Rücklage nicht verpflichtet ist - dies gilt auch gemäß Paragraph 229, Absatz 7, UGB - rechtfertigt eine Sonderbehandlung der Haftrücklage. Im Vorfeld einer vereinfachten Kapitalherabsetzung kommt das ansonsten zustehende Wahlrecht, ob die Rücklage aufgelöst werden soll, eben nicht in Betracht. Die Behauptung, die Haftrücklage dürfe nicht unter das gesetzliche Mindestmaß des Paragraph 22, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 23, Absatz 6, BWG aufgelöst werden, findet im Gesetz keine Stütze und widerspricht den wiedergegebenen Lehrmeinungen, wonach die Haftrücklage zum Zweck der Verlustabdeckung sogar zur Gänze aufgelöst werden kann. Gerade die Abdeckung des Bilanzverlusts steht aber vor der Durchführung einer vereinfachten Kapitalherabsetzung im Vordergrund, sodass nicht einzusehen wäre, warum die Auflösung der Haftrücklage gerade dann nicht zulässig sein soll. Die Pflicht zur Wiederauffüllung der aufgelösten Haftrücklage auf das ursprüngliche Ausmaß in den folgenden fünf Geschäftsjahren stellt jedenfalls kein Hindernis dar, besteht sie doch auch, wenn die Haftrücklage unabhängig von einer Kapitalherabsetzung zur Verlustabdeckung verwendet wird.

Die beklagte Partei vermag insgesamt keine stichhaltigen Argumente für ihre Behauptung zu liefern, dass der Gesetzgeber die Haftrücklage im Falle des § 183 AktG „bevorzugt“ behandelt wissen wollte. Die beklagte Partei vermag insgesamt keine stichhaltigen Argumente für ihre Behauptung zu liefern, dass der Gesetzgeber die Haftrücklage im Falle des Paragraph 183, AktG „bevorzugt“ behandelt wissen wollte.

4.3 Aus diesen Erwägungen ist festzuhalten, dass die Haftrücklage bis zu der in § 183 AktG angeführten Grenze aufgelöst hätte werden müssen, bevor die Hauptversammlung die vereinfachte Kapitalherabsetzung beschließt (so im Ergebnis bereits Fremuth aaO § 12 Rz 16; tendenziell auch Rüffler aaO 1042). Da dies nicht geschah, ist der Beschluss der Hauptversammlung vom 30. 5. 2011 mit Gesetzeswidrigkeit behaftet.^{4.3} Aus diesen Erwägungen ist festzuhalten, dass die Haftrücklage bis zu der in Paragraph 183, AktG angeführten Grenze aufgelöst hätte werden müssen, bevor die Hauptversammlung die vereinfachte Kapitalherabsetzung beschließt (so im Ergebnis bereits Fremuth aaO Paragraph 12, Rz 16; tendenziell auch Rüffler aaO 1042). Da dies nicht geschah, ist der Beschluss der Hauptversammlung vom 30. 5. 2011 mit Gesetzeswidrigkeit behaftet.

V. Rechtsfolgen der Gesetzeswidrigkeit: römisch fünf. Rechtsfolgen der Gesetzeswidrigkeit:

1. Nach heute herrschender Auffassung ist ein Beschluss der Hauptversammlung auf Durchführung einer vereinfachten Kapitalherabsetzung, obwohl die Voraussetzungen des § 183 AktG nicht erfüllt sind, nicht nichtig, sondern bloß anfechtbar (Bachner aaO § 183 Rz 7; Nagele/Lux aaO § 183 Rz 3; Hüffner aaO § 229 Rn 23; Oechsler aaO § 229 Rn 47). Der Senat teilt diese Ansicht, zumal die Regelung weder das Wesen der AG betrifft, den Gläubigerschutz nur sekundär berührt und sie als nicht im öffentlichen Interesse gelegen angesehen werden kann (vgl § 199 Abs 1 Z 3 AktG; Nagele/Lux aaO § 183 Rz 3). Die Entscheidung 2 Ob 476/49 = SZ 23/33, in der die Auffassung des Rekursgerichts, ein Verstoß gegen §§ 183, 184 und 186 AktG sei mit Nichtigkeit behaftet, noch als nicht offenbar gesetzeswidrig im Sinn des früheren § 16 AußStrG angesehen wurde, ist insoweit überholt.¹ Nach heute herrschender Auffassung ist ein Beschluss der Hauptversammlung auf Durchführung einer vereinfachten Kapitalherabsetzung, obwohl die Voraussetzungen des Paragraph 183, AktG nicht erfüllt sind, nicht nichtig, sondern bloß anfechtbar (Bachner aaO Paragraph 183, Rz 7; Nagele/Lux aaO Paragraph 183, Rz 3; Hüffner aaO Paragraph 229, Rn 23; Oechsler aaO Paragraph 229, Rn 47). Der Senat teilt diese Ansicht, zumal die Regelung weder das Wesen der AG betrifft, den Gläubigerschutz nur sekundär berührt und sie als nicht im öffentlichen Interesse gelegen angesehen werden kann vergleiche Paragraph 199, Absatz eins, Ziffer 3, AktG; Nagele/Lux aaO Paragraph 183, Rz 3). Die Entscheidung 2 Ob 476/49 = SZ 23/33, in der die Auffassung des Rekursgerichts, ein Verstoß gegen Paragraphen 183, 184 und 186 AktG sei mit Nichtigkeit behaftet, noch als nicht offenbar gesetzeswidrig im Sinn des früheren Paragraph 16, AußStrG angesehen wurde, ist insoweit überholt.

Anfechtbare Beschlüsse sind trotz ihrer Gesetz- oder Satzungswidrigkeit so lange wirksam, bis sie durch ein der Anfechtungsklage stattgebendes Urteil gemäß § 198 AktG mit Wirkung *ex tunc* für nichtig erklärt worden sind. Ein

solches Urteil wirkt rechtsgestaltend (vgl. RIS-Justiz RS0080297; Dregger aaO § 198 Rz 4 und 7). Anfechtbarkeit eines Beschlusses der Hauptversammlung bedeutet daher ebenso wie im bürgerlichen Recht bloß Vernichtbarkeit des korporativen Rechtsakts. Unterbleibt die fristgerechte Klageführung durch einen Anfechtungsberechtigten oder ist sie nicht erfolgreich, wird der vorläufig wirksame Hauptversammlungsbeschluss endgültig bestandskräftig (vgl. 10 Ob 32/00d; Dregger aaO Vor § 195 Rz 18). Die Klagefrist beträgt gemäß § 197 Abs 2 AktG einen Monat nach der Beschlussfassung. Es handelt sich um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist, deren Ablauf von Amts wegen zu beachten ist (7 Ob 703/89; RIS-Justiz RS0049477; Dregger aaO § 197 Rz 25). Anfechtbare Beschlüsse sind trotz ihrer Gesetz- oder Satzungswidrigkeit so lange wirksam, bis sie durch ein der Anfechtungsklage stattgebendes Urteil gemäß Paragraph 198, AktG mit Wirkung ex tunc für nichtig erklärt worden sind. Ein solches Urteil wirkt rechtsgestaltend (vergleiche RIS-Justiz RS0080297; Dregger aaO Paragraph 198, Rz 4 und 7). Anfechtbarkeit eines Beschlusses der Hauptversammlung bedeutet daher ebenso wie im bürgerlichen Recht bloß Vernichtbarkeit des korporativen Rechtsakts. Unterbleibt die fristgerechte Klageführung durch einen Anfechtungsberechtigten oder ist sie nicht erfolgreich, wird der vorläufig wirksame Hauptversammlungsbeschluss endgültig bestandskräftig (vergleiche 10 Ob 32/00d; Dregger aaO Vor Paragraph 195, Rz 18). Die Klagefrist beträgt gemäß Paragraph 197, Absatz 2, AktG einen Monat nach der Beschlussfassung. Es handelt sich um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist, deren Ablauf von Amts wegen zu beachten ist (7 Ob 703/89; RIS-Justiz RS0049477; Dregger aaO Paragraph 197, Rz 25).

2. Im vorliegenden Fall hat keine anfechtungsbefugte Person (§ 196 AktG) eine Anfechtungsklage erhoben, worauf bereits das Berufungsgericht verwiesen hat. Den Partizipanten steht keine Anfechtungsbefugnis zu (Kastner aaO 178; Brenn aaO 17). Rüdler hat - offenkundig aus Anlass des gegenständlichen Rechtsstreits (er verweist aaO 1042 auf eine beratende Tätigkeit) - die Frage geprüft, ob die in § 23 Abs 4 Z 2 BWG angeordnete analoge Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften auch die den Rechtsschutz gegen die Herabsetzung des Grundkapitals regelnden Vorschriften erfasst. Er gelangt bei seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, dass ein Beschluss auf Herabsetzung des Partizipationskapitals von den Partizipanten nach den Regeln der §§ 195 ff AktG angefochten werden können soll (aaO Rz 1047 ff). 2. Im vorliegenden Fall hat keine anfechtungsbefugte Person (Paragraph 196, AktG) eine Anfechtungsklage erhoben, worauf bereits das Berufungsgericht verwiesen hat. Den Partizipanten steht keine Anfechtungsbefugnis zu (Kastner aaO 178; Brenn aaO 17). Rüdler hat - offenkundig aus Anlass des gegenständlichen Rechtsstreits (er verweist aaO 1042 auf eine beratende Tätigkeit) - die Frage geprüft, ob die in Paragraph 23, Absatz 4, Ziffer 2, BWG angeordnete analoge Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften auch die den Rechtsschutz gegen die Herabsetzung des Grundkapitals regelnden Vorschriften erfasst. Er gelangt bei seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, dass ein Beschluss auf Herabsetzung des Partizipationskapitals von den Partizipanten nach den Regeln der Paragraphen 195, ff AktG angefochten werden können soll (aaO Rz 1047 ff).

Nach Ansicht des Senats geht jedoch die von Rüdler vorgeschlagene analoge Anwendung (auch) des aktienrechtlichen Rechtsschutzsystems zu weit. Sie wäre mit der den Partizipanten in § 23 Abs 5 BWG gesetzlich eingeräumten Rechtsstellung - keine Aktionärsrechte mit Ausnahme des Teilnahme- und Auskunftsrechts (siehe bereits Punkt III.1) - nicht vereinbar. Dies entspricht überdies dem insoweit übereinstimmenden Prozessstandpunkt der Streitparteien bereits in erster (vgl. AS 31 und AS 53) wie auch noch in dritter (AS 443 und AS 487) Instanz. Die Möglichkeiten der klagenden Partei bleiben daher auf die Erhebung einer Feststellungsklage beschränkt. Nach Ansicht des Senats geht jedoch die von Rüdler vorgeschlagene analoge Anwendung (auch) des aktienrechtlichen Rechtsschutzsystems zu weit. Sie wäre mit der den Partizipanten in Paragraph 23, Absatz 5, BWG gesetzlich eingeräumten Rechtsstellung - keine Aktionärsrechte mit Ausnahme des Teilnahme- und Auskunftsrechts (siehe bereits Punkt römisch drei.1) - nicht vereinbar. Dies entspricht überdies dem insoweit übereinstimmenden Prozessstandpunkt der Streitparteien bereits in erster (vergleiche AS 31 und AS 53) wie auch noch in dritter (AS 443 und AS 487) Instanz. Die Möglichkeiten der klagenden Partei bleiben daher auf die Erhebung einer Feststellungsklage beschränkt.

3. Die Feststellungsklage des Partizipanten wirkt jedoch nicht rechtsgestaltend. Ein stattgebendes Urteil führt nicht zugleich auch zur rückwirkenden Beseitigung des Herabsetzungsbeschlusses. Infolge der vertraglichen „Koppelung“ von Grundkapital und Partizipationskapital in § 7 der PS-Bedingungen (vgl. Punkt II.3.2) bleiben die Rechtswirkungen des Hauptversammlungsbeschlusses vom 30. 5. 2011 vielmehr insgesamt, also auch für die Partizipanten aufrecht. Aus diesem Grund kann der Revision auch, soweit sie sich gegen die Abweisung der mit lit d) und e) bezeichneten Feststellungsbegehren (unveränderter Gesamtnennbetrag) richtet, kein Erfolg beschieden sein. 3. Die

Feststellungsklage des Partizipanten wirkt jedoch nicht rechtsgestaltend. Ein stattgebendes Urteil führt nicht zugleich auch zur rückwirkenden Beseitigung des Herabsetzungsbeschlusses. Infolge der vertraglichen „Koppelung“ von Grundkapital und Partizipationskapital in Paragraph 7, der PS-Bedingungen vergleiche Punkt römisch zwei.3.2) bleiben die Rechtswirkungen des Hauptversammlungsbeschlusses vom 30. 5. 2011 vielmehr insgesamt, also auch für die Partizipanten aufrecht. Aus diesem Grund kann der Revision auch, soweit sie sich gegen die Abweisung der mit Litera d,) und e) bezeichneten Feststellungsbegehren (unveränderter Gesamtnennbetrag) richtet, kein Erfolg beschieden sein.

4. Hingegen kommt dem mit lit b) bezeichneten Begehren Berechtigung zu. Hingegen kommt dem mit Litera b,) bezeichneten Begehren Berechtigung zu:

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Hauptversammlungsbeschluss vom 30. 5. 2011 wegen Verletzung der Pflicht zur Auflösung der Hafrücklage (bis zur gesetzlichen Grenze) auf gesetzwidrige Weise zustande kam. Den Feststellungen zufolge hätte sich die Bemessungsgrundlage für die ab dem Geschäftsjahr 2013 vorgesehene jährliche Gewinnausschüttung in geringerem Ausmaß vermindert, wenn diese Rücklage bis zur gesetzlichen Mindestgrenze des § 183 AktG aufgelöst worden wäre. Daraus könnten bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen Schadenersatzansprüche zugunsten der klagenden Partei entstehen, die sich schon in ihrer Klagserzählung auf die Schädigung der Partizipanten wegen geringerer Gewinnbeteiligung berufen und das Feststellungsinteresse ua mit künftigen finanziellen Nachteilen „im Falle der Erzielung eines Gewinns“ aufgrund rechtswidrigen Verhaltens der beklagten Partei begründet hat. Ihr Feststellungsinteresse ist daher zu bejahen, ohne dass hier zu prüfen wäre, wie realistisch Gewinnerwartungen sind. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Hauptversammlungsbeschluss vom 30. 5. 2011 wegen Verletzung der Pflicht zur Auflösung der Hafrücklage (bis zur gesetzlichen Grenze) auf gesetzwidrige Weise zustande kam. Den Feststellungen zufolge hätte sich die Bemessungsgrundlage für die ab dem Geschäftsjahr 2013 vorgesehene jährliche Gewinnausschüttung in geringerem Ausmaß vermindert, wenn diese Rücklage bis zur gesetzlichen Mindestgrenze des Paragraph 183, AktG aufgelöst worden wäre. Daraus könnten bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen Schadenersatzansprüche zugunsten der klagenden Partei entstehen, die sich schon in ihrer Klagserzählung auf die Schädigung der Partizipanten wegen geringerer Gewinnbeteiligung berufen und das Feststellungsinteresse ua mit künftigen finanziellen Nachteilen „im Falle der Erzielung eines Gewinns“ aufgrund rechtswidrigen Verhaltens der beklagten Partei begründet hat. Ihr Feststellungsinteresse ist daher zu bejahen, ohne dass hier zu prüfen wäre, wie realistisch Gewinnerwartungen sind.

VI. Ergebnis und Kosten:römisch sechs. Ergebnis und Kosten:

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass in teilweiser Stattgebung der Revision die angefochtene Entscheidung in dem aus dem Spruch ersichtlichen Umfang abzuändern ist. Im Übrigen ist der Revision nicht Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten aller drei Instanzen gründet sich auf § 43 Abs 1 iVm§ 50 ZPO. Die klagende Partei ist mit einem Sechstel ihres Klagebegehrens durchgedrungen, weshalb sie der beklagten Partei, abgesehen von den nach den jeweiligen Obsiegsquoten zu berücksichtigenden Pauschalgebühren, zwei Drittel ihrer Kosten zu ersetzen hat. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten aller drei Instanzen gründet sich auf Paragraph 43, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 50, ZPO. Die klagende Partei ist mit einem Sechstel ihres Klagebegehrens durchgedrungen, weshalb sie der beklagten Partei, abgesehen von den nach den jeweiligen Obsiegsquoten zu berücksichtigenden Pauschalgebühren, zwei Drittel ihrer Kosten zu ersetzen hat.

Schlagworte

Gruppe: Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Wertpapierrecht

Textnummer

E107557

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2014:0020OB00084.13M.0429.000

Im RIS seit

06.06.2014

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2016

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