
Datum: 09.07.2015
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 58/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2015:0709.3U58.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 30 O 538/10

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten und die Berufung und Anschlussberufung der Kläger wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 26.01.2012 – 30 O 538/10 – abgeändert und unter Zurückweisung der Berufungen und der Anschlussberufung im Übrigen wie folgt neu gefasst:

1. Die Forderung des Klägers zu 1) in Höhe von 680.000 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 1% p.a. vom 01.07.2012 bis 28.09.2012 aus 332.000 € sowie in Höhe von 1% Zinsen p.a. für die Zeit vom 16.11.2011 bis 28.09.2012 aus 348.000 € wird für den Ausfall zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der E GmbH (AG Köln – 71 IN 354/12) zur laufenden Nummer 20 festgestellt;
2. Die Forderung des Klägers zu 2) in Höhe von 70.000 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 1% p.a. für die Zeit vom 01.07.2012 bis 28.09.2012 wird für den Ausfall zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der E GmbH (AG Köln – 71 IN 354/12) zur laufenden Nummer 21 festgestellt.
3. Es wird festgestellt, dass die von den Klägern unter dem 08.09.2010 ausgesprochene Kündigung unwirksam ist.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages erbringt.
7. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über Ansprüche auf Rückzahlung von Anleihen nach erklärter Kündigung aus wichtigem Grund. Der Beklagte ist – nachdem das Verfahren aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der E GmbH (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin) mit Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 28.09.2012, Az. 71 IN 354/12 zwischenzeitlich unterbrochen gewesen ist, weil die ursprüngliche Beklagte Insolvenz angemeldet hat – nunmehr als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin Partei des Rechtsstreits geworden.

Die Insolvenzschuldnerin ist ein Immobilienunternehmen, das sich auf den Erwerb, die Vermietung, die Entwicklung und das Bestandsmanagement vermieteter Einzelhandelsimmobilien spezialisiert hat.

Der Kläger zu 1) erwarb in den Jahren 2005 und 2006 332 Anleihen im Nennwert von 332.000 € einer sogenannten „zweiten Tranche“ und 348 Anleihen der sogenannten „dritten Tranche“ im Nennwert von 348.000 €, die jeweils von der Insolvenzschuldnerin ausgegeben worden waren. Anleihen der „zweiten Tranche“ im Nennwert von 70.000 € übertrug der Kläger zu 1) im Wege der Schenkung an seinen Sohn, den Kläger zu 2). Die Schuldverschreibungen sollten nach den Anleihebedingungen mit 6% jährlich verzinst werden. Die Zinsen waren hinsichtlich der sogenannten „zweiten Tranche“ am 01.07. eines jeden Jahres und die der „dritten Tranche“ am 16.11. eines jeden Jahres fällig. Die Tranchen waren nach den Anleihebedingungen am 30.06.2016 bzw. am 16.11.2016 zur Rückzahlung in Höhe des Nennwerts fällig.

Unter § 4 der Anleihebedingungen der „zweiten Tranche“ wird unter der Überschrift „Laufzeit, Rückzahlung, Rückerwerb, Kündigung, Übertragung“ folgendes ausgeführt:

„1. Die Laufzeit der Hypotheken-Anleihe beginnt am 01.07.2006 und endet am 30.06.2016.

2. Die Gesellschaft verpflichtet sich, die Teilschuldverschreibungen am 01.07.2016 zum Nennbetrag zurückzuzahlen. Fällt dieser Fälligkeitstermin auf einen Sonnabend, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, verschiebt sich der Fälligkeitstag auf den nächstfolgenden Bankarbeitstag.

3. Die Gesellschaft ist jederzeit berechtigt, Teilschuldverschreibungen aus dieser Emission im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zurück zu erwerben. Die angekauften Schuldverschreibungen kann die Gesellschaft nach eigener Wahl halten oder weiterverkaufen.

4.	Die Gesellschaft ist berechtigt, die Schuldverschreibungen insgesamt oder teilweise ab dem 30.09.2009 jeweils am ersten Tag eines Kalendermonats („Rückzahlungstag“) zum Nennbetrag einschließlich der bis zum Rückzahlungstag aufgelaufenen Zinsen zurück zu zahlen. Die Rückzahlung ist den Anlegern gemäß § 11 bekannt zu geben und muss die folgenden Angaben enthalten:	11
...		
5.	In Übereinstimmung mit den Geschäftsbedingungen der D Banking AG, G, bzw. von F, C, können die Teilschuldverschreibungen als Miteigentumsanteil an der Globalurkunde jederzeit übertragen werden. Die Übereignung und der Verkauf bedürfen nicht der Genehmigung der Gesellschaft.“	12
	Weitere Angaben zu Kündigungsmöglichkeiten der Anleihen durch Gläubiger oder Schuldner enthalten die Anleihebedingungen nicht.	13
	Die Anleihebedingungen der „dritten Tranche“ unterscheiden sich darin, dass dort unter § 4 Ziffer 1 der Beginn auf den 16.11.2006 und das Ende auf den 15.11.2016 aufgenommen wurden.	14
	In der Folgezeit geriet die Insolvenzschuldnerin in finanzielle Schwierigkeiten. Seit Juni 2010 ist sie bilanziell überschuldet. Am 31.12.2010 verzeichnete die Insolvenzschuldnerin einen Fehlbetrag in Höhe von 4,2 Millionen Euro. Bereits am 30.06.2010 erklärte die Insolvenzschuldnerin dies in einer Ad-hoc-Mitteilung. Mit einer Ad-hoc-Mitteilung vom 12.08.2010 legte sie ein Restrukturierungskonzept vor. Dieses sah eine Reduzierung des Zinssatzes für die ausgegebenen Anleihen auf 1% p.a. rückwirkend ab dem 01.07.2010 bis einschließlich 30.06.2013 und eine Reduzierung des Nennwerts der Anleihen um 60% auf 40% vor. Gleichzeitig wies die Insolvenzschuldnerin darauf hin, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Insolvenzantrag unausweichlich sei, wenn die Gläubigerversammlungen nicht sämtlich der vorgeschlagenen Reduzierung des Zinssatzes zustimmen würden.	15
	In von der Insolvenzschuldnerin einberufenen Gläubigerversammlungen vom 24., 25. und 26.08.2010 – diese waren für jede Tranche gesondert einberufen worden – sollte beschlossen werden, dass die Gläubiger bis zum 24.08.2013 auf etwaige Kündigungsrechte verzichteten. Die Versammlung war allerdings nicht beschlussfähig, weil nicht die Hälfte der im Umlauf befindlichen Inhaberschuldverschreibungen vertreten war.	16
	Die Kläger kündigten ihre Anleihen daraufhin mit anwaltlichem Schreiben vom 08.09.2010, der Beklagten zugegangen am 13.09.2010, aus wichtigem Grund.	17
	In Gläubigerversammlungen am 27. und 28.10.2010 stimmten die Anleihengläubiger den Beschlussvorschlägen der Insolvenzschuldnerin hinsichtlich des Ausschlusses der Kündigungen und der Reduzierung der Zinsen wirksam zu.	18
	Mit Wertstellung vom 11.11.2010 zahlte die Beklagte die Zinsen für die erste und zweite „Tranche“. Für die dritte „Tranche“ zahlte die Beklagte Zinsen in Höhe von 6% p.a. bis zum 30.06.2010 und 1% p.a. ab dem 01.07.2010.	19
	Um den Nennwert zu reduzieren, führte die Insolvenzschuldnerin erneut Gläubigerversammlungen durch, die allerdings nicht beschlussfähig waren. Mit Beschluss vom 28.09.2012 – Az. 71 IN 354/12 – hat das Amtsgericht Köln das Insolvenzverfahren über	20

das Vermögen der Gemeinschuldnerin eröffnet.

Die Kläger haben erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass ihnen wegen erheblicher Verschlechterung der Vermögenslage der Insolvenzschuldnerin ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 BGB zugestanden habe. Die Kündigung sei zudem deshalb erfolgt, weil die Zinszahlung zum 01.07.2010 nicht geleistet wurde und zur Abwendung der Insolvenzanmeldepflicht ein Zinsverzicht der Gläubiger herbeigeführt werden sollte. Ob der Erfolg der Klage zur Insolvenz über das Vermögen der Beklagten führen würde, bleibe reine Spekulation; ebenso spekulativ bleibe die Vermutung, dass die Kläger im Insolvenzfall mit ihren Forderungen vollständig ausfallen sollten. Die Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Rechte sei im Übrigen nicht treuwidrig. 21

„Vorsorglich“ haben die Kläger ihr Rückzahlungsverlangen auch auf pVV, §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 264 StGB gestützt und in diesem Zusammenhang vorgetragen, dass die Insolvenzschuldnerin spätestens von Frühjahr 2005 an überschuldet gewesen sei und Insolvenz hätte anmelden müssen; zudem seien die in den Jahren 2006 und 2007 veröffentlichten Einschätzungen betreffend den Wert des Immobilienvermögens deutlich zu positiv gewesen; die gravierende Abwertung des Immobilienbestandes im Jahr 2008 hätte schon in den Jahren 2006 und 2007 erfolgen müssen. Darüber hinaus enthalte der Prospekt zum Thema Erfahrung und Kompetenz der Emittentin vorsätzlich falsche Angaben und sei gezielt auf die Täuschung von Anlageinteressenten ausgerichtet gewesen. Die Kläger seien durch die Prospektangaben sowie ein Rechtsgutachten der Kanzlei D2 bewusst über die Sicherheit der Anlage getäuscht worden; so sei insbesondere der Eindruck erweckt worden, dass eine werthaltige, grundbuchliche Absicherung vor Insolvenzrisiken vorliege und die Anleihe daher so gut wie mündelsicher sei. 22

Die Kläger haben beantragt, 23

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu 1) 680.000 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.09.2010 zu zahlen; 24

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu 2) 70.000 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.09.2010 zu zahlen; 25

3. festzustellen, dass die Beklagte mit der Rücknahme der Inhaber-Teilschuldverschreibungen im Verzug ist; 26

4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu 1) rückständige Zinsen für die Zeit vom 01.07.2010 bis zum 17.09.2010 in Höhe von 7.177,77 € zu zahlen, nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.09.2010 zu zahlen; 27

5. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu 2) rückständige Zinsen für die Zeit vom 11.07.2010 bis zum 17.09.2010 in Höhe von 738,88 € zu zahlen, nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.09.2010 zu zahlen; 28

6. die Beklagte zu verurteilen, an sie zur gesamten Hand außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 11.168,15 € zu zahlen. 29

Die Insolvenzschuldnerin hat beantragt, 30

die Klage abzuweisen.

31

Die Insolvenzschriftnerin hat sich erstinstanzlich darauf berufen, dass eine wesentliche Verschlechterung ihrer Vermögensverhältnisse nicht vorliege; ein Kündigungsgrund könne nicht angenommen werden. Zwar sei sie inzwischen bilanziell überschuldet und habe von Anfang an nur ein Stammkapital in Höhe von 25.000,-- € aufzuweisen gehabt. Wesentliche Ursache ihres Restrukturierungsbedarfs sei jedoch die negative Preisentwicklung für Einzelhandelsimmobilien seit der Finanzkrise 2008 gewesen. Die beabsichtigte Herbeiführung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung zur Reduzierung des Nennwertes könne ebenfalls kein Kündigungsrecht begründen, denn ansonsten wäre eine – gesetzlich vorgesehene – Anpassung von Anleihebedingungen durch Mehrheitsbeschluss der Gläubiger von vornherein unmöglich. Ein Kündigungsrecht der Kläger bestehe zudem deshalb nicht, weil sie aus einer Kündigung keinerlei Vorteile ziehen könnten, denn ein Erfolg der Kläger – und der zahlreichen weiteren klagenden Anleihegläubiger – würde dazu führen, dass eine weitere positive Fortbestehensprognose möglicherweise ausgeschlossen wäre und die Beklagte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen beantragen müsste. Sollte daraufhin tatsächlich über das Vermögen der Beklagten das Insolvenzverfahren eröffnet werden, müssten die Kläger damit rechnen, dass sie einen Totalverlust des eingesetzten Kapitals erleiden. Von daher würden bei der gebotenen Interessenabwägung die Interessen der Beklagten an einer Fortsetzung des Schuldverhältnisses überwiegen. Darüber hinaus scheide ein Kündigungsrecht deshalb aus, weil die Kläger dabei einen unzulässigen Sondervorteil anstrebten, was dem Gedanken der Gleichbehandlung der einzelnen Anleger entgegenstünde. Schließlich stünden der klägerischen Kündigung auch die Beschlüsse der Anleihegläubiger entgegen.

32

Die Beklagte hat sich erstinstanzlich zudem darauf berufen, dass fehlerhafte Angaben im Vorfeld des Erwerbs, die einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 264a StGB begründen könnten, nicht vorlägen. Sie sei nicht bereits seit Frühjahr 2005 überschuldet gewesen. Die Angaben im Wertpapierprospekt seien richtig und vollständig, auch in Bezug auf die Sicherheitenlage.

33

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird im Übrigen auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

34

Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Es ist davon ausgegangen, dass den Klägern jeweils gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Anspruch auf Zahlung der Hauptforderung in Höhe von 680.000 € bzw. 70.000 € zusteht. Auch hat es die Insolvenzschriftnerin verurteilt, an den Kläger zu 1) rückständige Zinsen für die Zeit vom 01.07.2010 bis zum 17.09.2010 in Höhe von 3.673,33 € sowie entsprechende Prozesszinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Diese Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen wie folgt begründet:

35

Gegen die Aktivlegitimation der Kläger bestünden keine Bedenken, nachdem diese entsprechende Depotbescheinigungen vorgelegt hätten.

36

Die Kündigungen der Kläger seien gemäß § 314 BGB wirksam erfolgt; ein wichtiger Grund zur Kündigung sei unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls anzunehmen. Dabei könne offen bleiben, ob die Insolvenzschriftnerin bereits zum Erwerbszeitpunkt überschuldet gewesen sei oder fehlerhafte Angaben im Emissionsprospekt gemacht habe. Den Klägern sei eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar, weil die Beklagte in den Ad-hoc-Mitteilungen vom 30.06.2010 und 12.08.2010 angekündigt habe, bei unveränderten Anleihebedingungen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einen Insolvenzantrag stellen zu

37

müssen. Hierin liege ein Grund für eine fristlose Kündigung, selbst wenn die Überschuldung tatsächlich nicht festgestellt werden könne. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass die die Anleihen der Kläger sichernden Grundpfandrechte nachrangig gegenüber anderen Gläubigern seien. Die Anleihen seien mit einem Darlehensvertrag jedenfalls vergleichbar. Einer vorherigen Abmahnung hätte es nicht bedurft. Eine solche wäre eine bloße Förmerei gewesen. Es lägen auch weitere besondere Umstände vor, die eine fristlose Kündigung rechtfertigten. Insbesondere habe die Insolvenzschuldnerin das Recht zur Kündigung ausschließen wollen. Die Kündigung sei auch innerhalb einer angemessenen Frist erklärt worden; sie sei nicht gemäß § 242 BGB ausgeschlossen. Neben weiteren Erwägungen sei zu berücksichtigen, dass das Vermögen der Kläger ohne die Kündigung mit hoher Wahrscheinlichkeit jedenfalls zu großen Teilen verloren gegangen wäre. Auch erlangten die Kläger gegenüber anderen Anleihengläubigern keinen unzulässigen Vorteil. Der Kündigungsverzicht in der Gläubigerversammlung im Oktober 2010 könne die Kündigung nicht ausschließen, weil diese bereits erfolgt sei.

Ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen für die „erste“ und „zweite Tranche“ bestünde nicht, weil diese unstreitig gezahlt worden seien. Hinsichtlich der „dritten Tranche“ bestehe jedoch ein solcher Anspruch, weil die Reduzierung der Zinsen erst nach der Kündigung durch die Kläger wirksam beschlossen worden sei. Der Zinsanspruch belaufe sich insoweit auf 3.673,33 €. 38

Soweit die Kläger auch die Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten geltend gemacht haben, bestehe dieser Anspruch dem Grunde nach. Allerdings sei dieser nicht auf der Basis einer 2,5-fachen, sondern mit einer 1,8-fachen Gebühr angemessen zu berechnen. 39

Hinsichtlich der weiteren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 40

Gegen dieses Urteil haben die Insolvenzschuldnerin und die Kläger Berufung eingelegt. Auf die Berufung der Insolvenzschuldnerin haben die Kläger Anschlussberufung eingelegt. 41

Die Parteien streiten – wie auch in erster Instanz – im Wesentlichen über die Frage, ob die von den Klägern ausgesprochenen Kündigungen unter den gegebenen Umständen wirksam waren, d. h. insbesondere darüber, ob für die Kläger ein wichtiger Kündigungsgrund vorlag. 42

Der (nach Eröffnung des Insolvenzfahrens) nunmehr im Berufungsverfahren beklagte Insolvenzverwalter der Insolvenzschuldnerin macht geltend, in den Anleihebedingungen sei ein Individualkündigungsrecht nicht vorgesehen. Ein solches sei durch die Anleihebedingungen wirksam ausgeschlossen worden. Es sei nur ein Kündigungsrecht für den Gläubiger, nicht aber ein solches für den Schuldner genannt, was insoweit als konkludenter Ausschluss des Kündigungsrechts anzusehen sei. Eine Kündigung nach § 314 BGB komme auch aus anderen Gründen nicht in Betracht. Die Rechtsprechung zu den Darlehensverträgen könne insoweit keine Anwendung finden. Dies sei schon aus dem Grund anzunehmen, weil bei Rechtsstreitigkeiten zwischen einer darlehensgebenden Bank und einer dritten Person grundsätzlich die AGB der Banken zu berücksichtigen seien, die eine solche Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich zuließen. 43

Jedenfalls könnte die Frage, ob sich die Vermögensverhältnisse der Insolvenzschuldnerin verschlechtert hätten, nicht offen bleiben. Denn eine Kündigung könne nach den für Darlehen geltenden Grundsätzen nur berechtigt sein, wenn sich die Substanz des Vermögens verschlechtert hätte. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Denn die Immobilien an sich hätten sich nicht verschlechtert. Lediglich seien diese im Marktwert gesunken. 44

Die drohende Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschriftnerin sei kein Kündigungsgrund gewesen. Allenfalls eine verschlechterte Zahlungsfähigkeit der Insolvenzschriftnerin könne einen Kündigungsgrund darstellen. Eine solche hätten die Kläger nicht hinreichend dargelegt.	45
Das Landgericht hätte auch eine unzureichende Interessenabwägung vorgenommen. Denn vorliegend könnten die Kläger nur auf Kosten der übrigen Gläubiger kündigen. Die gesetzlich vorgesehene Restrukturierung scheide dann aber aus. In diesem Zusammenhang sei auf die Gesamtzahl der Kündigungen abzustellen. Auch müssten die Belange der anderen Gläubiger hinreichend berücksichtigt werden. Unstreitig sei insoweit, dass der Erfolg der Kläger zu einer (vorzeitigen) Insolvenz der Beklagten führen würde. Auch der Schutzzweck des SchVG stehe einer Kündigung entgegen.	46
Ein anderer Kündigungsgrund sei nicht ersichtlich. Die Anwendung von § 490 BGB scheide aus. Dieser laufe der kollektiven Bindung des SchVG entgegen. Dies müsse jedenfalls dann gelten, wenn – wie hier – Kenntnis von der Restrukturierung anzunehmen sei. In diesem Zusammenhang sei die Kündigung auch als treuwidrig und daher unwirksam zu betrachten, zumal es anderenfalls zu einem ungewollten „Wettlauf der Gläubiger“ kommen würde. Der Kündigung stehe schließlich die Beschlussfassung der Gläubigerversammlung entgegen. Diese könne auch rückwirkend entsprechende Beschlüsse fassen.	47
Zinsansprüche und Ansprüche auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten schieden vor diesem Hintergrund ohne weiteres aus.	48
Im Hinblick auf die ursprünglich von der Insolvenzschriftnerin eingelegte Berufung geht diese davon aus, dass die hinsichtlich des Zinsanspruchs vorgetragenen Tatsachen zutreffend seien. Allerdings seien die Zinsen wirksam auf einen Zinssatz von 1% p.A. reduziert worden. Dieser Beschluss wirke auch für und gegen die Kläger.	49
Soweit die Kläger nunmehr lediglich die Anmeldung der Forderungen zur Insolvenztabelle begehrten, könnte dieser Anspruch anerkannt werden, wenn die Kläger ihre Aktivlegitimation, die weiterhin bestritten werde, nachweisen würden. Das Anerkenntnis könne auch noch sofort im Sinne des § 93 ZPO erfolgen, weil die Kläger die Aktivlegitimation bislang nicht hinreichend dargelegt hätten und bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Klage nicht begründet gewesen sei.	50
Ursprünglich hat die Insolvenzschriftnerin angekündigt zu beantragen, unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 26.01.2012 (Az. 30 O 538/10) die Klage abzuweisen. Die Kläger haben insoweit einen Antrag auf Zurückweisung der Berufung angekündigt.	51
Ursprünglich haben die Kläger angekündigt zu beantragen, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 26.01.2012 (Az. 30 O 538/10), die Insolvenzschriftnerin zu verurteilen, an die Kläger zu 1) rückständige Zinsen aus der Hypothekenanleihe mit der ISIN DE 00xxxxQxx2 (WKN AxxxAG) für die Zeit vom 01.07.2010 bis 17.09.2010 in Höhe von weiteren 3.504,44 € zu zahlen, nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.09.2010; an den Kläger zu 2) rückständige Zinsen aus der Hypothekenanleihe mit der ISIN DE000xxQxx2 (WKN AxxxAG) für die Zeit vom 01.07.2010 bis 17.09.2010 in Höhe von 738,88 € zu zahlen, nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.09.2010; an die Kläger zu 1) und 2) zur gesamten Hand außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von weiteren 2.799,12 € zu zahlen. Die Insolvenzschriftnerin hat angekündigt, die Zurückweisung der Berufung zu beantragen.	52

Im Wege der Anschlussberufung haben die Kläger weiter angekündigt zu beantragen, festzustellen, dass die Insolvenzschuldnerin im Verzug mit der Annahme der Anleihen ist. Insoweit hat die Insolvenzschuldnerin einen Berufungszurückweisungsantrag angekündigt.	53
Mit Schriftsatz vom 14.08.2014 haben die Kläger beantragt, das Verfahren wieder aufzunehmen und gegen den Insolvenzverwalter fortzuführen, nachdem dieser die von den Klägern geltend gemachten Forderungen in voller Höhe bestritten hatte.	54
Sie beantragen nunmehr,	55
1. die Forderung des Klägers zu 1) in Höhe von 767.917,13 € für den Ausfall zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der E GmbH (AG Köln – 71 IN 354/12) zur laufenden Nummer 20 festzustellen;	56
2. die Forderung des Klägers zu 1) in Höhe von 25.758,74 € für den Ausfall zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der E GmbH (AG Köln – 71 IN 354/12) zur laufenden Nummer 117 festzustellen;	57
3. die Forderung des Klägers zu 2) in Höhe von 82.082,03 € für den Ausfall zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der E GmbH (AG Köln – 71 IN 354/12) zur laufenden Nummer 21 festzustellen;	58
Der Beklagte erkennt die Forderung des Klägers zu 1) in Höhe von 680.000 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 1% p.a. vom 01.07.2012 bis 28.09.2012 aus 332.000 € sowie in Höhe von 1% Zinsen p.a. für die Zeit vom 16.11.2011 bis 28.09.2012 aus 348.000 € an.	59
Der Beklagte erkennt die Forderung des Klägers zu 2) in Höhe von 70.000 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 1% p.a. für die Zeit vom 01.07.2012 bis 28.09.2012 an.	60
Im Übrigen beantragt der Beklagte,	61
1. unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 26.01.2012 (Az. 30 O 538/10) die Klage abzuweisen.	62
2. festzustellen, dass die von den Klägern unter dem 08.09.2010 ausgesprochene Kündigung unwirksam ist.	63
Der Kläger beantragt,	64
die Feststellungsklage abzuweisen.	65
Die Kläger verteidigen das erstinstanzliche Urteil, soweit ihrer Klage stattgegeben wurde. Das Landgericht habe die Kündigungsmöglichkeit aus § 314 BGB mit Recht angenommen. Es müsse insoweit auch berücksichtigt werden, dass die Gläubiger vorliegend Verbraucher seien. Schließlich habe sich die Insolvenzschuldnerin an einem Zinsswap-Geschäft beteiligt. Auch dies stelle einen wirksamen Kündigungsgrund dar. Auch könnte § 313 BGB einschlägig sein. Hinsichtlich der von ihnen eingelegten Berufung tragen die Kläger vor, das Landgericht habe unzutreffend angenommen, dass die mit der Klage geltend gemachten Zinsen bereits gezahlt seien. Zwar seien Zinsen für die „erste“ und „zweite Tranche“ am 11.11.2010 gezahlt worden. Dabei habe es sich aber um die Zinsen für den Zeitraum bis zum 30.06.2010 gehandelt, die am 01.07.2010 fällig gewesen wären. Die Kläger hätten jedoch einen Anspruch auf Zahlung von Zinsen für den Zeitraum vom 07.07.2010 bis zum 16.09.2010. Diesen Vortrag stellt der Beklagte nunmehr ausdrücklich als zutreffend dar. Danach belaufe	66

sich dieser für den Kläger zu 1) auf 3.504,44 € und für den Kläger zu 2) auf 738,88 €.

Die Reduzierung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von der geltend gemachten 2,5-fachen Gebühr auf eine 1,8-fache Gebühr sei nicht möglich. Das Landgericht habe insoweit den der Geltendmachung der Forderung zugrundeliegenden Sachverhalt nicht hinreichend berücksichtigt. 67

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung haben die Kläger erklärt, dass sie ihre Klageforderung nicht mehr auf Schadensersatzansprüche stützen. Die geltend gemachten Ansprüche ergäben sich aus der Kündigung der Anleihen. 68

Im Übrigen wird auf die von den Parteien zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlage Bezug genommen. 69

II. 70

Die zulässige Berufung des Beklagten hat Erfolg; sie führt, soweit die Klageforderungen nicht von dem Beklagten im Rahmen der Anträge der Berufung anerkannt worden sind, zur Änderung des landgerichtlichen Urteils und zur Abweisung der Klage mit den nunmehr gestellten Anträgen. Die Berufung und Anschlussberufung der Kläger haben keinen Erfolg. 71

1. Das Verfahren ist gegen den Beklagten als bestreitenden Insolvenzverwalter über das Vermögen der ursprünglichen Beklagten fortzusetzen, nachdem das Verfahren nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der ursprünglichen Beklagten gemäß § 240 ZPO unterbrochen gewesen ist. Ist – wie hier – in einem Insolvenzverfahren eine Forderung vom Insolvenzverwalter bestritten worden, so bleibt es gemäß § 179 Abs. 1 InsO dem Gläubiger überlassen, die Feststellung gegen den bestreitenden Insolvenzverwalter zu betreiben. War zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung gemäß § 180 Abs. 2 InsO durch Aufnahme des Rechtsstreits zu betreiben. Hierzu ist auch der Gläubiger befugt gewesen (vgl. BGH, Urteil vom 31.10.2012 – III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rn. 7, mwN). Die Aufnahme des Verfahrens ist beim Oberlandesgericht möglich (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 240 Rn. 10, mwN). Durch die Aufnahme des Verfahrens hat sich der Streitgegenstand gemäß § 180 Abs. 2 ZPO entsprechend den nunmehr gestellten Anträgen geändert, ohne dass es auf die Vorschriften der Klageänderung ankäme (vgl. Greger in Zöller aaO, § 240 Rn. 14, mwN). 72

Im Rahmen der Entscheidung über die nunmehr von den Klägern gestellten Anträge auf Feststellung von Ansprüchen zur Insolvenztabelle ist sowohl über die Berufung des Beklagten, als auch über die Berufung der Kläger zu entscheiden, weil die nunmehr gestellten Feststellungsanträge sowohl die ursprünglichen Zahlungsanträge enthalten, soweit diesen durch das Landgericht stattgegeben worden ist (insoweit Berufung des Beklagten), als auch die weitergehenden Anträge, die das Landgericht zurückgewiesen hat (insoweit Berufung und Anschlussberufung der Kläger). 73

2. Der Beklagte war gemäß § 304 Satz 1 ZPO dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen, soweit er den gegen ihn geltend gemachten Anspruch (teilweise) anerkennt hat. Denn unstreitig besteht gemäß § 41 Abs. 1 InsO ein Anspruch des Klägers zu 1), die Hauptforderung in Höhe von 680.000 € nebst Zinsen von 1% p.A. für die Zeit vom 01.07.2012 bis zur Insolvenzeröffnung aus 332.000 € und Zinsen in Höhe von 1% p.A. aus 348.000 € für die Zeit seit dem 16.11.2011 bis zur Insolvenzeröffnung zur Insolvenztabelle festzustellen. 74

Denn jedenfalls nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Anleihen in Höhe des Nennbetrages sowie die bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen Zinsen durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig geworden (§ 41 Abs. 1 InsO). Ebenfalls unstreitig ist, dass die Forderung des Klägers zu 2) in Höhe von 70.000 € nebst Zinsen in Höhe von 1% p.a. für die Zeit zwischen dem 01.07.2012 bis zur Insolvenzeröffnung festzustellen ist.

3. Soweit die Kläger über den anerkannten Anspruch hinaus die Feststellung von Forderungen zur Insolvenztabelle geltend machen, ist die Klage abzuweisen. Den Klägern steht über den anerkannten Betrag kein weitergehender Anspruch gegen den Beklagten zu. 76

a) Die Kläger sind zur Geltendmachung der Ansprüche aktivlegitimiert. Vorliegend hat das Landgericht bereits im Tatbestand auf Seite 2 des angegriffenen Urteils folgendes ausdrücklich festgestellt: 77

„Der Kläger zu 1) ist daher Inhaber von Anleihen im Nennwert von insgesamt 680.000 €. Der Kläger zu 2) ist Inhaber von Anleihen der zweiten Tranche im Nennwert von 70.000 €.“ 78

Diese Feststellung hat die damalige Insolvenzschuldnerin nicht mit einem Tatbestandberichtigungsantrag angegriffen. Damit ist die entsprechende Feststellung als in erster Instanz unstreitig anzusehen, so dass ein Bestreiten in der zweiten Instanz ohne weiteres nicht mehr in Betracht kommt (§§ 529, 531 ZPO). Der Beklagte hat insbesondere keine Gründe vorgetragen, die eine Berücksichtigung ausnahmsweise ermöglichen würde. 79

Der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils ist allerdings auch zutreffend. Denn die Insolvenzschuldnerin hat ursprünglich die Aktivlegitimation der Kläger mit der Begründung bestritten, es seien keine Depotauszüge vorgelegt worden. Diese haben die Kläger sodann vorgelegt. Nachdem die Insolvenzschuldnerin die Richtigkeit dieser Auszüge in erster Instanz nicht bestritten hat, ist das Landgericht mit Recht davon ausgegangen, dass die Aktivlegitimation insgesamt unstreitig ist. 80

b) Ein vertraglicher Anspruch der Kläger auf Zahlung der weitergehenden Zinsen in Höhe von weiteren 5% p.a. wie von den Klägern geltend gemacht (Zinsen bis zur fristlosen Kündigung), setzt voraus, dass der Beschluss der Gläubigerversammlung mit der Reduzierung des Zinssatzes auf 1% p.a. ihnen gegenüber nicht wirksam geworden ist. Nur in diesem Fall bestünde ein Anspruch auf Zahlung der mit insgesamt 6% p.a. in den Anleihebedingungen festgelegten Zinsen bis zum Wirksamwerden der ausgesprochenen fristlosen Kündigung aus den Anleiheverträgen und sodann aus Verzug. Auch die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, die auf der Grundlage der §§ 280, 286 BGB geltend gemacht werden, setzen voraus, dass die damalige Forderung der Kläger berechtigt gewesen ist. 81

Die weitere Zinsforderung der Kläger ist nur berechtigt, wenn die Kündigung der Kläger vom 08.09.2010 wirksam war. Denn nur in diesem Fall wäre der Beschluss der jeweiligen Gläubigerversammlung mit der Reduzierung des Zinssatzes ihnen gegenüber nicht wirksam geworden. Die Voraussetzungen für den Beschluss der Gläubigerversammlung vom 27.10./28.10./01.11.2010 zur Reduzierung des Zinssatzes liegen im Übrigen insgesamt vor. Dies gilt gleichermaßen für die Verzugszinsen. Denn diese sind nur zu zahlen, wenn die Insolvenzschuldnerin mit der Rückzahlung der Hauptforderung in Verzug gekommen wäre. Dies setzt wiederum zunächst die Pflicht zur Rückzahlung aus dem Anleihenvertrag voraus, die wiederum eine wirksame Kündigung voraussetzt. Auch der Anspruch auf Zahlung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten setzt voraus, dass die Forderungen berechtigt waren, was wiederum nur dann der Fall ist, wenn die Kündigung wirksam wäre. 82

c) Entgegen der Ansicht des Landgerichts konnten sich die Kläger nicht durch ihre Kündigungen von dem jeweiligen Anleihenvertrag lösen. Ihre Kündigungen sind nicht wirksam geworden. Zwar besteht ein grundsätzliches Kündigungsrecht der Kläger. Dieses konnte aber zeitlich begrenzt nicht ausgeübt werden.

aa) Eine Kündigung auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarungen in den Anleihenbedingungen kommt nicht in Betracht. Die Anleihenbedingungen enthalten unter § 4 die unter Ziffer I genannten Kündigungsmöglichkeiten. Danach ist die Laufzeit ausdrücklich festgeschrieben. Das Gleiche gilt für die Möglichkeit der Schuldnerin (in den Bedingungen als „Gesellschaft“ bezeichnet), die Anleihe zu kündigen. Eine Regelung, nach der die Gläubiger – hier die Kläger – zur Kündigung der Anleihe mit der Folge einer Rückzahlungspflicht zum Nennbetrag berechtigt wären, enthalten die Bedingungen hingegen nicht. Dies wird auch nicht geltend gemacht. 84

bb) Auch die Anwendung des außerordentlichen Kündigungsrechts gemäß § 490 Abs. 1 BGB scheidet aus, weil es sich bei den streitgegenständlichen Anleihen um Inhaber(teil)schuldverschreibungen handelt, auf die nach h. M. in Literatur und Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, die §§ 488 ff. BGB nicht anwendbar sind, weil es sich nicht um Darlehen, sondern um abstrakte Schuldversprechen handelt. Auch wenn Anleihen nach ihrem wirtschaftlichen Charakter als Darlehen im Sinne der §§ 488 ff. BGB anzusehen sein könnten, hat der Gesetzgeber diese als verkehrsfähige, verbrieft Darlehen in den Vorschriften der §§ 793 ff. BGB geregelt, so dass die für Wertpapiere geltenden Sonderregelungen anzuwenden sind. Hierdurch wird der Rückgriff auf die Bestimmungen des Darlehensvertrages, insbesondere auf § 490 BGB ausgeschlossen (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 17.09.2014, 4 U 97/14, DB 2014, 2521, juris Rn. 46; wohl auch für die Frage nach der Anwendbarkeit des § 313 BGB: BGH, Urteil vom 15.07.2014, XI ZR 100/13, NJW 2014, 3362 Rn. 31 ff.; Seibt/Schwarz in ZIP 2015, 401, 407, jeweils mwN; sowie zur Rechtsentwicklung und zu den verschiedenen Meinungen: Hopt/Mülbart, WM 1990, Sonderbeilage 3, S. 3, 5; Hammen, NJW 1987, 2856, 2857; Sprau in Palandt, BGB, 73. Auflage, § 793 Rn. 2; Staudinger-Freitag/Mülbart, BGB (2011), § 488 Rn. 48; OLG München, Urteil vom 22.01.1997 – 7 U 4544/96, Rn. 18, zitiert nach juris; Maier-Reimer, in: Baums/Cahn, Die Reform des Schuldverschreibungsrechts (2004), S. 135; Lenenbach, Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, Rn. 2.112; Trautrim, BB 2012, 1824). 85

cc) Schließlich kommt auch eine Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 BGB entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht in Betracht. 86

Gemäß § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt ein wichtiger Kündigungsgrund im Grundsatz dann vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann (Lenenbach, a. a. O., Rn. 2.110; Knops, BB 2008, 2535, 2539; Thomas, ZHR 171 (2007), 684, 708; Müller-Eising/Bode, BKR 2006, 480, 482; Rühlmann, in: Habersack/Mülbart/Schlitt, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt (2005), § 14 Rn. 42). 87

Eine solche Kündigung ist zwar nicht durch die Anleihebedingungen ausgeschlossen (dazu (1)). Auch ist die Kündigung nicht ausgeschlossen, weil Anleihen kein Dauerschuldverhältnis begründen (dazu (2)), durch die Regelungen des Schuldverschreibungsgesetzes grundsätzlich ausgeschlossen würden (dazu (3)) oder die Gläubigerversammlung die Kündigungsmöglichkeit wirksam ausgeschlossen hätte (dazu (4)). Die Kündigung scheidet aber aus, weil diese zur Unzeit erfolgte (dazu (5)). 88

(1) Entgegen der Ansicht des Beklagten ist das Kündigungsrecht gemäß § 314 BGB nicht durch die vertraglichen Vereinbarungen in den Bedingungen der Anleihen ausgeschlossen. Zum einen kann die Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund als zwingendes Recht nicht vollständig ausgeschlossen werden (vgl. OLG Frankfurt, DB 2014, 2521, juris Rn. 37 f.). Zum anderen fehlt in ausdrücklicher Ausschluss des Kündigungsrechts. Selbst wenn grundsätzlich auch ein konkludenter Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit des § 314 BGB durch die Bedingungen der Anleihen möglich wäre (so OLG Frankfurt DB 2014, 2521), kommt dieser vorliegend nicht in Betracht. Anders als in dem der vorgenannten Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt sind in den Anleihebedingungen der Schuldnerin überhaupt keine Kündigungsmöglichkeiten vorgesehen. In den Anleihebedingungen, die Gegenstand des Verfahrens des OLG Frankfurt waren, waren hingegen Kündigungsmöglichkeiten für die Gläubiger in den Anleihebedingungen ausdrücklich für verschiedene Fälle aufgenommen. Diese Regelungen hat das OLG Frankfurt als abschließend angesehen. Da im vorliegenden Fall für die Gläubiger keine Gründe genannt sind, die eine Beendigung der Anleihe ermöglichen, kommt eine Auslegung der Anleihebedingungen in Bezug auf einen möglichen Ausschluss des Kündigungsrechts im Sinne des § 314 BGB nicht in Betracht. Es bleiben die allgemeinen Regelungen, so auch § 314 BGB, grundsätzlich weiterhin anwendbar (vgl. LG Bonn, Urteil vom 25.03.2014 – 10 O 299/13, ZIP 2014, 1073). Aus dem Schweigen der Anleihebedingungen kann somit entgegen der Auffassung des Beklagten nicht gefolgert werden, dass die Kündigung auch aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden sollte.

(2) Die Kündigung nach § 314 BGB scheidet vorliegend nicht aus, weil die Vorschrift des § 314 BGB auf Anleihen wegen des fehlenden Charakters als Dauerschuldverhältnis nicht anwendbar ist. 90

Grundsätzlich setzt die Anwendbarkeit des § 314 BGB zwar ein Dauerschuldverhältnis voraus. Auch ist zweifelhaft, ob es sich bei einer Anleihe um ein solches handelt. Ein Dauerschuldverhältnis ist auf ein fortgesetztes Verhalten innerhalb eines Vertrages gerichtet, aus dem sich während der Laufzeit immer wieder neue Rechte und Pflichten beider Parteien ergeben. Anleihen könnten insoweit einseitige Verpflichtungen zur Zahlung der Zinsen und schließlich nach Ablauf der vereinbarten Zeit des Nennwertes sein (vgl. hierzu insgesamt Seibt/Schwarz ZIP 2015, 401, mwN). Unabhängig von der Frage, ob Anleihen ein Dauerschuldverhältnis darstellen, bleibt aber die Kündigungsmöglichkeit des § 314 BGB bestehen, weil § 314 BGB Ausfluss des Gedankens von Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB ist und daher grundsätzliche Bedeutung hat (vgl. Horn in BKR 2009, 446). 91

Dass die Anleihe als Kapitalmarktinstrument veräußerbar ist, schließt die Kündigung aus denselben Gründen nicht aus. 92

(3) Auch die Regelungen des Schuldverschreibungsgesetzes 2009 und 1899 (dieses ist aufgrund des Ausgabedatums der Anleihen - bis zum 05.08.2009 - anwendbar) schließen die Kündigung gemäß § 314 BGB nicht grundsätzlich aus. Allerdings kann insoweit die Ausübung des Kündigungsrechts zeitlich begrenzt nicht ausgeübt werden, weil ein Kündigungsgrund nicht anzunehmen ist. Dies ergibt eine systematische und teleologische Betrachtung der Regelungen des Schuldverschreibungsgesetzes aus dem Jahr 2009, aber auch eine solche Betrachtung des Schuldverschreibungsgesetzes aus dem Jahr 1899. 93

In diesem Zusammenhang ist die gesetzliche Wertung des Schuldverschreibungsgesetzes mit zu berücksichtigen, insbesondere im Hinblick auf die Frage der (Un-)Zumutbarkeit eines Festhaltens am Vertrag für den Gläubiger (vgl. Seibt/Schwarz, ZIP 2015, 401) als Grund für die Kündigung. Bereits das Schuldverschreibungsgesetz 1899 sah in § 11 Abs. 1 die Möglichkeit zur Ermäßigung des Zinsfußes oder der Bewilligung einer Stundung durch einen 94

entsprechenden Beschluss der Gläubigerversammlung vor. Das Schuldverschreibungsgesetz 2009 ermöglicht es in § 5 Abs. 3 Ziff. 3 und 8 darüber hinaus, dass die Gläubiger durch Mehrheitsbeschluss einer Verringerung der Hauptforderung und einem Kündigungsverzicht zustimmen können, wobei über § 24 Abs. 2 des SchVG 2009 sogar die Möglichkeit besteht, diese Regelungen auch auf Schuldverschreibungen, die vor dem 05.08.2009 ausgegeben wurden, für anwendbar zu erklären (was vorliegend in der ersten Gläubigerversammlung geplant war, aber daran scheiterte, dass nicht das notwendige Kapital vertreten war (§ 24 Abs. 2, § 15 Abs. 3 SchVG 2009)).

Dieser Wertung steht die grundsätzliche Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) nicht entgegen, auch wenn der Kündigungsgrund zeitlich begrenzt nicht anzunehmen ist. Denn im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung gehen die Interessen der Gläubiger, ihr Vermögen evtl. durch Kündigung und den damit entstehenden Anspruch auf Rückzahlung zu sichern, nur in dem Fall vor, wenn die Mehrheit der Gläubiger eine Restrukturierung plant. Denn nur in diesem Fall gebietet es das Ziel des Gesetzgebers, der Gläubigerversammlung die Möglichkeit einzuräumen, eine Restrukturierung der Gesellschaft zu ermöglichen (Primat der Gläubigerversammlung), die Kündigungsrechte zu beschränken. 95

Es ist den Gläubigern auch nicht grundsätzlich zumutbar, generell auf das Recht der außerordentlichen Kündigung zu verzichten und die Anwendbarkeit des § 314 BGB insgesamt abzulehnen, weil dies für den Vorrang der Entscheidung der Gläubigerversammlung nicht notwendig ist. Insbesondere ist kein Grund ersichtlich, ein Kündigungsrecht des jeweiligen Gläubigers auch dann nicht anzuerkennen, wenn die Gläubigerversammlung einer Restrukturierung nicht zustimmt. 96

Für die Annahme, dass das Kündigungsrecht nach § 314 BGB nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden sollte, spricht auch, dass der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Anleihen und zur Anpassung kapitalmarktrechtlicher Verjährungsvorschriften vom 09.05.2008 in § 22 des vorgeschlagenen Schuldverschreibungsgesetzes noch vorsah, dass die Kündigungsrechte in den Anleihebedingungen ausgeschlossen werden können. Diese Regelung sei – so der Referentenentwurf (S. 39) – notwendig, weil Schuldverhältnisse mindestens aus wichtigem Grund gekündigt werden könnten und der Schuldner die Sicherheit haben müsse, dass die Gläubiger insbesondere bei einer Realisierung des vom Gläubiger übernommenen Risikos nicht kündigen könnten. Es war seinerzeit streitig, ob mit dieser Regelung auch die Kündigungsmöglichkeit des § 314 BGB ausgeschlossen werden sollte. Dadurch dass diese Regelung nicht in das Gesetz aufgenommen worden ist, wird deutlich, dass jedenfalls ein genereller Ausschluss der Kündigungsrechte aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) nicht gewollt war. 97

Auch die Vorschrift des § 5 Abs. 5 SchVG 2009 – diese ist vorliegend ohnehin nicht anwendbar – führt entgegen der Auffassung von Paulus (WM 2012, 1109) zu keinem anderen Ergebnis, weil insoweit eine Interessenabwägung bezogen auf den Einzelfall zu erfolgen hat. Auch kommt diese Regelung nicht zur Anwendung, weil das SchVG 2009 nur anwendbar ist, soweit die Anleihe ab dem 05.08.2009 herausgegeben wurde, oder die Anwendbarkeit im Rahmen einer Gläubigerversammlung beschlossen wurde. Ein solcher Beschluss ist wirksam nicht zustande gekommen, weil die hierzu einberufene Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig war. Damit kommt die Anwendung des § 5 Abs. 5 SchVG 2009 nicht in Betracht. Die Möglichkeit der Gläubigerversammlung, eine Rückwirkung des Kündigungsverzichts zu erreichen, kann vor diesem Hintergrund nicht zum Tragen kommen (vgl. OLG Frankfurt DB 2014, 2521, juris Rn. 61; so auch LG Bonn, ZIP 98

2014, 1073). § 5 Abs. 5 SchVG regelt darüber hinaus nur den Fall, dass die Kündigungsrechte nach den Anleihebedingungen nur Kollektiv von Gläubigern gemeinsam wahrgenommen werden können (vgl. Veranneman, SchVG, § 5 Rn. 36 sowie Begründung des Regierungsentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/12814 S. 19). Eine solche Regelung sehen die Anleihebedingungen der Insolvenzschildnerin nicht vor und sollten unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung auch nicht Gegenstand der gesetzlichen Regelung sein.

Schließlich kann auch ein Vergleich mit der Treuepflicht der Gesellschafter einer Gesellschaft den Ausschluss des Kündigungsrechts vorliegend nicht begründen. Die Gesellschafter können Einfluss auf die Leitung der Geschäfte der Gesellschaft nehmen. Einen solchen Einfluss haben die Kläger als Gläubiger der Anleihen der Insolvenzschildnerin nicht. Ihre rechtlichen Möglichkeiten werden durch das SchVG konkretisiert. 99

(4) Soweit im vorliegenden Fall – noch vor Zugang der klägerischen Kündigung bei der Insolvenzschildnerin – von der Gläubigerversammlung ein Beschluss gefasst wurde, der einen Kündigungsverzicht der Anleihegläubiger für das Jahr 2013 vorsah, ist dieser Beschluss seinerzeit nicht wirksam geworden, weil die erforderliche Mehrheit der Hälfte des Nennwertes der im Umlauf befindlichen Schuldverschreibungen nicht zustande gekommen war (vgl. § 11 Abs. 2 Satz 2 SchVG). Die spätere Beschlussfassung erfolgte erst nach Zugang der Kündigung, ohne dass dabei etwa eine Rückwirkung des Kündigungsverzichts beschlossen worden wäre. Die im Jahr 2010 erfolgten Beschlussfassungen der Gläubigerversammlung stehen mithin der klägerischen Kündigung nicht entgegen. 100

Soweit eine rückwirkende Möglichkeit, die Kündigung auszuschließen, gemäß § 5 Abs. 5 SchVG anzunehmen sein könnte, kommt diese Regelung – wie dargelegt – nicht zur Anwendung. 101

(5) Die Wirksamkeit der Kündigung scheitert allerdings daran, dass sie zur Unzeit erfolgte. Eine Kündigung durch die Kläger vor der zweiten Gläubigerversammlung war nicht zulässig. Es war den Klägern vielmehr zuzumuten, die zweite Gläubigerversammlung abzuwarten. Insofern fehlte der Kündigung der Kläger im Zeitpunkt ihres Ausspruchs der erforderliche Kündigungsgrund gem. § 314 BGB. 102

Im Rahmen der für die Frage nach der Kündigungsmöglichkeit gemäß § 314 BGB erforderlichen Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Verschlechterung der Vermögenslage der Schuldnerin der Anleihen grundsätzlich einen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen kann, wenn dadurch die Ansprüche des Anlegers gefährdet werden (Knops, BB 2008, 2535, 2539), wobei jedoch immer auch die Frage der Zumutbarkeit und die Frage einer damit im Zusammenhang stehenden Risikoverteilung zu beachten ist (vgl. insbesondere Seibt/Schwarz, ZIP 2015, 401 sowie Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Bd. 5, Rn. 10/186b). 103

In diesem Zusammenhang ist zunächst davon auszugehen, dass es zu einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Insolvenzschildnerin kam, die den Klägern nicht aufgrund einer Risikoverteilung zuzumuten ist. 104

Die Insolvenzschildnerin hat das Vorliegen einer Verschlechterung ihrer Vermögenslage unter Hinweis darauf bestritten, dass keine Substanzverschlechterung der erworbenen Immobilien vorliege, sondern wesentliche Ursache ihres Restrukturierungsbedarfs die negative Preisentwicklung für Einzelhandelsimmobilien seit der Finanzkrise 2008 sei. Die Kläger sind dem in tatsächlicher Hinsicht nicht weiter entgegen getreten, haben jedoch die 105

Auffassung vertreten, dass es – bedingt durch die Neubewertung der Immobilien im Zuge einer negativen Entwicklung der Marktlage - zu einer deutlichen Verschärfung der Überschuldungssituation bei der Insolvenzschuldnerin gekommen sei. Dieses sei ein von der Insolvenzschuldnerin zu tragendes Risiko, dessen Verwirklichung sie – die Kläger – zu einer fristlosen Kündigung berechtige.

Die Insolvenzschuldnerin ist demgegenüber der Auffassung, dass die Veränderung des Marktniveaus ein von den Klägern zu tragendes Risiko sei. Die Veränderung des Marktniveaus stelle einen wirtschaftlichen Faktor dar, der von der Insolvenzschuldnerin nicht zu beeinflussen sei. Vielmehr handele es sich insoweit um ein allein den Anleger treffendes wirtschaftliches Prognoserisiko, auf das auch auf verschiedenen Seiten des Prospekts der Sache nach hingewiesen worden sei. Wenn es danach allein aufgrund der Verwirklichung eines die Anleger treffenden Risikos einer negativen Marktentwicklung (Prognoserisiko) zu einer drohenden Insolvenz der Schuldnerin gekommen sei, könne die sich daraus ergebende Gefährdung von Gläubigeransprüchen keine außerordentliche Kündigung der Kläger rechtfertigen. Vielmehr sei es ihnen aufgrund der vertraglichen Risikoverteilung zuzumuten, bis zum Ende der Laufzeit am Vertrag festzuhalten. 106

Dem kann so nicht beigetreten werden. Der Gläubiger kann – wie dargelegt – keinen Einfluss auf die Geschäfte der Schuldnerin nehmen. Er ist vielmehr – abgesehen von den im SchVG vorgesehenen Möglichkeiten – nicht in der Lage, die Geschäftsführung der Schuldnerin zu beeinflussen, so dass allein die Insolvenzschuldnerin für die wirtschaftliche Entwicklung ihres Vermögens verantwortlich ist. Die Frage, aus welchem Grund eine Verschlechterung der Vermögenssituation eingetreten ist, kann jedenfalls dann keine Rolle (mehr) spielen, wenn diese sich soweit verschlechtert hat, dass eine Insolvenz unmittelbar bevorsteht. Eine solche Konstellation war hier gegeben. Die drohende Insolvenz war für den Fall angekündigt, dass die Gläubiger nicht auf einen Teil ihrer Ansprüche verzichten. In diesem Fall überwiegen die Gläubigerinteressen an der Erhaltung ihrer Ansprüche. 107

Allein die Gläubigerversammlung muss – nach dem gesetzlichen Schutzzweck des SchVG und dem insoweit gebotenen Anlegerschutz – die Möglichkeit erhalten, über die nach dem SchVG vorgesehenen Maßnahmen zur Restrukturierung zu entscheiden, so dass die Möglichkeit einer Kündigung jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn – wie hier – ein Restrukturierungskonzept vorliegt und die Gläubigerversammlung bislang nicht die Möglichkeit hatte, eine Kündigung durch entsprechenden Beschluss abzuwenden. 108

Vorliegend konnte die vor der Kündigung der Kläger einberufene Gläubigerversammlung nicht wirksam das Kündigungsrecht ausschließen, weil der hierfür erforderliche Kapitalanteil in der Versammlung nicht vertreten war (§ 11 Abs. 2 Satz 2 SchVG 1899). In diesem Fall muss der Gläubigerversammlung aber die Möglichkeit eingeräumt werden, eine zweite, unabhängig vom anwesenden Kapitalanteil beschlussfähige Gläubigerversammlung (§ 11 Abs. 5 SchVG 1899) einzuberufen, die sodann auch über den Ausschluss des Kündigungsrechts befinden kann. 109

Nur auf diese Weise bleibt das Primat der Gläubigerversammlung als Leitbild des SchVG gewahrt. Jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Kenntnis eines Restrukturierungskonzepts und der durch die Gläubigerversammlung geplanten Annahme (hier mit Bekanntmachung der Restrukturierung vom 25.08.2010, Anlage B5), hat daher eine Interessenabwägung im Rahmen der Zumutbarkeit des § 314 BGB zu ergeben, dass Einzelkündigungen vor einer möglichen Beschlussfassung der Gläubigerversammlung ausgeschlossen sind, weil es den einzelnen Gläubigern zumutbar ist, im Interesse der kollektiven Bindung aller Gläubiger und einer sich daraus ergebenden Vorrangstellung der Gläubigerversammlung als solcher, eine 110

Beschlussfassung und damit Einschätzung der Sanierungsmöglichkeiten durch alle Gläubiger zu ermöglichen.

Eine effektive Umsetzung des Primats der Gläubigerversammlung ist dann aber auch nur gewährleistet, wenn die zweite Gläubigerversammlung abgewartet wird, dessen Beschlussfähigkeit nicht von einem bestimmten Anteil der vertretenen Gläubiger abhängig ist. Ob diese Auffassung zur Bestimmung des wichtigen Grundes gem. § 314 BGB sodann eine Einschränkung der durch die Gläubigerversammlung zu beschließenden rückwirkenden Kündigungsverzichtsmöglichkeiten gebietet, kann der Senat vorliegend offen lassen. 111

Mit dieser Einschränkung kann durch die Kündigung des einzelnen Gläubigers – entgegen der Ansicht des Beklagten – kein unzulässiger Sondervorteil entstehen, zumal die Möglichkeit der Kündigung im Übrigen jedem Gläubiger gleichermaßen zusteht. 112

Zu keinem anderen Ergebnis kann es führen, wenn die Zinsen nicht, oder nicht fristgerecht gezahlt wurden. Denn auch in diesem Fall würden die Rechte der Gläubigerversammlung gegen den Willen des Gesetzgebers beschränkt, wenn die Nichtzahlung der Zinsen – die Zinsen werden im Regelfall nicht gezahlt, weil sich die wirtschaftliche Situation der Schuldnerin verschlechterte – der Gläubigerversammlung faktisch die Möglichkeit, über geplante Restrukturierungsmaßnahmen zu entscheiden, entziehen würde. Zahlreiche Gläubiger könnten die Möglichkeit einer Kündigung gemäß § 314 BGB nutzen und so die Restrukturierung gefährden. 113

dd) Eine Kündigung gemäß § 313 BGB (vgl. Paulus, WM 2012, 1109) kommt aus den vorstehend dargelegten Gründen ebenfalls nicht in Betracht. 114

4. Soweit die Kläger ihre Ansprüche in erster Instanz auch auf Schadensersatz gestützt haben, sind solche Ansprüche nicht mehr Gegenstand des Rechtsstreits. Die Kläger haben ausdrücklich ihre Ansprüche nicht mehr auf Schadensersatz gestützt. Insoweit handelt es sich um einen anderen Streitgegenstand, weil diesem Begehren ein anderer Lebenssachverhalt (Umstände bei Ausgabe der Anleihen) zugrunde gelegen hat. 115

5. Die von dem Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung beim Senat erhobene Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 Abs. 2 ZPO ist zulässig und begründet. Sie kann auch in der zweiten Instanz ohne die Beschränkung des § 533 Nr. 1 ZPO noch erhoben werden (vgl. Becker-Eberhard in MünchKomm/ZPO, 4. Aufl. § 256 Rn. 85). Es besteht zwischen den Prozessparteien auch Streit über ein Rechtsverhältnis, nämlich über die Frage, ob die von den Klägern unter dem 08.09.2010 ausgesprochene Kündigung wirksam ist. Diese Frage ist – entsprechend den vorstehenden Ausführungen – vorgreiflich, weil die Frage, ob die Kündigung wirksam ist, für das Bestehen der – über die anerkannten Ansprüche hinausgehenden Ansprüche entscheidend ist, und auch für die Verwertung von Sicherheiten, die die Kläger aufgrund des erstinstanzlichen Urteils erlangt haben, Bedeutung hat. 116

Die Zwischenfeststellungsklage ist auch begründet, weil die von den Klägern unter dem 08.09.2010 ausgesprochene Kündigung – wie im Einzelnen dargelegt – unwirksam ist. 117

6. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Beklagte zu tragen (§ 92 Abs. 2 ZPO), weil er im Wesentlichen unterlegen ist. Lediglich Nebenforderungen bestehend aus Zinsen und Ansprüchen auf Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren sind nicht begründet. 118

Entgegen der Ansicht des Beklagten hat dieser die Forderungen der Kläger nicht sofort mit der Kostenfolge des § 93 ZPO anerkannt. Vielmehr hat der Beklagte durch die Ablehnung der 119

Eintragung der Forderung in die Insolvenztabelle Anlass zur Klage gegeben. Ein sofortiges Anerkenntnis kommt – entgegen der Auffassung des Beklagten – nicht deshalb in Betracht, weil die Kläger erst in der Berufung ihre Aktivlegitimation hinreichend nachgewiesen hätten. Zwar kommt ein sofortiges Anerkenntnis auch in Betracht, wenn eine Klage erst nachträglich schlüssig gemacht worden ist (vgl. Schulz in MünchKomm/ZPO, 4. Aufl., § 93 Rn. 15, mwN). Wie bereits ausgeführt war der Beklagte aber mit dem Einwand der mangelnden Aktivlegitimation im Berufungsverfahren ausgeschlossen (s.o.). Auch erfolgte das Anerkenntnis erst nach richterlichem Hinweis.

7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 120

8. Die Revision ist (ohne Einschränkung) zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Insbesondere das Verhältnis der Kündigungsmöglichkeit gemäß § 314 BGB im Spannungsfeld mit dem Gläubigerschutz nach dem Schuldverschreibungsgesetz ist höchstrichterlich nicht hinreichend geklärt und – wie sich auch aus der umfangreichen Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage ergibt – für zahlreiche Fälle von Bedeutung. 121

Streitwert für das Berufungsverfahren: 875.757,00 € 122