

Insolvenzverfahren über das Vermögen der Future Business KGaA , Dresden

**Kurzbericht zur Rechtslage bezüglich der Gläubigerposition der Genussschein- und
Genussrechtgläubiger**

von

Dr. Bruno M. Kübler

**Insolvenzverwalter der Future Business KGaA,
anlässlich der außerordentlichen Gläubigerversammlungen der Gläubiger von
Genussscheinen und Genussrechten am 08.10.2014**

Dienstag, 08. Oktober 2014, 10.30 Uhr
Messe Dresden, Halle 1

Vorbemerkung

Alleiniger Zweck der vom Insolvenzgericht einberufenen und heute stattfindenden GR-Gläubigerversammlungen ist die Wahl eines gemeinsamen Vertreters der GR-Gläubiger, der – wenn er gewählt wird - künftig deren Interessen bündelt und vertritt. Ich werde mich daher heute sehr kurz fassen und nur zur Rechtslage bezüglich der Gläubigerposition der Genussschein- und Genussrechtgläubiger im hiesigen Insolvenzverfahren Stellung nehmen.

Bezüglich meines ausführlichen Berichts über die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Future Business KGaA (im Folgenden: FuBus) sowie den Verfahrensstand verweise ich auf den demnächst stattfindenden Berichtstermin (= Gläubigerversammlung).

Ausgangslage

Die FuBus hat im Zeitraum bis 2006 neben Schuldverschreibungen auch Genussscheine sowie ab 2006 Genussrechte ausgegeben.

In den Emissionsprospekten der FuBus für Genussscheine vom 11.04.2002 und für die Genussrechte ab 2006 heißt es in dem jeweiligen § 8 Abs. 1 und 2 wörtlich:

„§ 8 Nachrangigkeit

- (1) Die Forderungen aus den Genussrechten treten gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der Gesellschaft im Rang zurück.
- (2) Das Genussrechtskapital wird im Fall eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger zurückgezahlt.
- (3) Die Genussrechte begründen keinen Anspruch auf eine Teilnahme am Liquidationserlös im Fall der Auflösung der Gesellschaft.“

Genussrechte sind damit grundsätzlich nachrangig. Ihre Inhaber sind gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der Gesellschaft ausdrücklich im Rang zurückgetreten. Die Wirksamkeit der sog. Nachrangklausel unterstellt, bedeutet das für die betroffenen Anleger: Das Genussrechtskapital wird im Falle eines Insolvenzverfahrens grundsätzlich erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger zurückgezahlt.

Gutachten Prof. Dr. Bork

Es ergaben sich mir nach näherer Lektüre der Formulierungen in den Emissionsprospekten Zweifel an der Wirksamkeit der Nachrangklausel. Ich habe daher Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork, Universität

Hamburg, einen der angesehensten deutschen Zivilrechtslehrer und profunden Kenner des Insolvenzrechts, mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zur Frage der Wirksamkeit der Nachrangvereinbarung für Genussscheine und Genussrechte beauftragt. In seinem Gutachten kommt Herr Prof. Dr. Bork zum Ergebnis, dass die in § 8 der Emissionsprospekte der FuBus normierte Nachrangklausel **unwirksam** ist.

Herr Prof. Dr. Bork führt in seinem Gutachten, das ich auch auf die Homepage www.fubus.de unter dem Punkt „Gemeinsamer Vertreter/Versammlungen n. SchVG“ gestellt habe, detailliert aus, dass § 8 der Emissionsprospekte der sog. „AGB-Kontrolle“ gemäß §§ 305 ff. BGB nicht standhält, weil die Regelung wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

Im Einzelnen:

Prof. Dr. Bork stellt zunächst fest, dass es sich bei den Genussrechtsbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. §§ 305 ff. BGB handelt. Die §§ 305 ff. BGB und damit das AGB-Recht sind heranzuziehen, da keine Ausnahme vom Anwendungsbereich nach § 310 BGB besteht.

Die Genussrechtsbedingungen sind wirksam in die Verträge zwischen der FuBus und den einzelnen Anlegern einbezogen worden. Bei den verbrieften Genussrechten ist die Einbeziehung nach § 145 BGB erfolgt. Bei allen anderen Genussrechtsverträgen sind die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB erfüllt. Die Genussrechtsbedingungen der FuBus sind daher insgesamt Vertragsbestandteil geworden.

Schließlich kommt man im Rahmen der vorzunehmenden Inhaltskontrolle an dem Ergebnis nicht vorbei, dass § 8 GRB die nötige Transparenz fehlt, weil auch für einen durchschnittlichen, aufmerksamen und sorgfältigen Vertragspartner nicht ohne weiteres erkennbar ist, welche Rechte er im Verhältnis zu anderen Gläubigern der Gesellschaft hat. Während § 8 Abs. 1 GRB eher für einen Rang nach § 39 Abs. 2 InsO, aber vor § 199 S. 2 InsO spricht, deutet § 8 Abs. 2 GRB auf einen Rang vor § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO hin. Beides verträgt sich nicht mit § 8 Abs. 3 GRB, der nach der Zweifelsregelung in § 305c Abs. 2 BGB so verstanden werden muss, dass die Genussrechtsinhaber bei einer Liquidation überhaupt nicht beteiligt werden. § 8 GRB enthält daher drei widersprüchliche und miteinander nicht vereinbare Aussagen, so dass der Klausel die nötige Klarheit fehlt. Da die Rechtsfolgen aus ihr nicht hinreichend bestimmt hervorgehen, verletzt sie das Bestimmtheitsgebot und verstößt damit insgesamt gegen das Transparenzgebot. Dieser Verstoß hat gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit der Regelung des § 8 GRB zur Folge.

Fraglich war schließlich, welche Auswirkungen die Unwirksamkeit auf den Vertrag und die Genussrechtsbedingungen im Übrigen hat. Die Unwirksamkeit gerade von § 8 GRB könnte die Unwirksamkeit des gesamten Vertragswerks zur Folge haben. Prof. Dr. Bork stellt dazu fest, dass gemäß § 306 Abs. 1 BGB zwar der Vertrag bei Unwirksamkeit einer AGB-Klausel im Übrigen wirksam bleiben könnte. Fraglich ist aber, ob § 306 Abs. 1 BGB im Hinblick darauf, dass hier mit dem Nachrang der Hauptleistungsinhalt bestimmt wurde, überhaupt anwendbar ist. Ist der Hauptgegenstand des Vertrages

von der Unwirksamkeit betroffen, passt § 306 BGB mangels Ersatzregelungen im dispositiven Recht (vgl. § 306 Abs. 2 BGB) eigentlich nicht. Dennoch ist nach allgemeiner Auffassung auch im Falle der Unwirksamkeit von Preis- und Leistungsbestimmungen die Annahme einer Gesamtwirksamkeit des Vertrages abzulehnen, weil dies dem Sinn von § 306 BGB zuwiderlaufen könnte. Der Vertrag kann insbesondere mit der Maßgabe aufrechterhalten werden, dass die betroffene Leistungseinschränkung wegfällt. Die Aufrechterhaltung des Vertrages im Übrigen ohne § 8 GRB stellt für die FuBus auch kein unangemessenes Ergebnis i. S. v. § 306 Abs. 3 BGB dar. Vielmehr wäre die Unwirksamkeit des Vertrags im Ganzen mit der Folge der Rückabwicklung aller Genussrechtsverträge weitaus nachteiliger.

Konsequenz für die GR-Gläubiger

Aufgrund der überzeugenden Ausführungen von Prof. Dr. Bork werde ich die vertraglichen Forderungen der GR-Gläubiger gegen die FuBus nicht als nachrangige Insolvenzforderungen, sondern als „normale“ Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO behandeln.

Das bedeutet für die Berechnung Ihrer vertraglichen Forderungen Folgendes:

- Die Hauptforderung wird in voller Höhe im Rang des § 38 InsO festgestellt;
- Es gab keine thesaurierten Zinsen bei den GR; Basis- u. Übergewinnzins ist also nur für 2013 ausstehend. Der Basiszins ist mangels bisheriger Bilanzerstellung (zunächst) zu bestreiten;
- Ein Anspruch auf Übergewinnzins besteht nicht, da wegen der Insolvenz kein Gewinn entstanden ist.

Es ist aber davon auszugehen, dass andere Gläubiger, die unzweifelhaft nicht nachrangige Forderungen (§ 38 InsO) haben, wie insbesondere die Orderschuldverschreibungsgläubiger oder deren Vertreter, die Forderungsanmeldungen der GR-Gläubiger im Rang des § 38 InsO bestreiten werden, § 176 InsO, da eine Feststellung natürlich ihre eigene Quote schmälern würde. In diesem Fall bleibt es den GR-Gläubigern überlassen, die Feststellung gegen den Bestreitenden (anderen Gläubiger nach § 38 InsO) zu betreiben, § 179 InsO, und ggf. vor den ordentlichen Gerichten Klage zu erheben, § 180 InsO. Der Insolvenzverwalter und damit die Masse hätten mit einer solchen Auseinandersetzung nichts zu tun. D.h., die Masse würde auch nicht „verprozessiert“, wie es einige Anlegerschutzanwälte, u.a. in Rundschreiben an betroffene GR-Gläubiger, zu Unrecht/unwissend/wider besseres Wissen verbreiten.

Bereits vor diesem Hintergrund wäre schon die Wahl eines gV der GR-Gläubiger sinnvoll und wirtschaftlich. Dieser sollte – aus Kostenschonungsgesichtspunkten - möglichst mit den ggf. bestreitenden § 38-Gläubigern (ggf. OSV-Gläubiger, Lieferanten, Arbeitnehmer) eine Musterprozessvereinbarung schließen und komprimiert für alle GR-Gläubiger **einen** Musterrechtsstreit führen. Soweit sich die GR-Gläubiger gegen einen gV entscheiden, müsste jeder einzelne GR-Gläubiger ggf. selbst die Feststellung nach §§ 179, 180 InsO betreiben.

Sollte sich herausstellen, dass den Genussrechtsgläubigern - auch - Ansprüche wegen betrugsbedingter Schäden gegen die FuBus zustehen, würden diese deliktischen Ansprüche ebenfalls wie normale Insolvenzforderungen zu behandeln sein.

Anwendbarkeit des SchVG 2009 auf GR (Gutachten Prof. Dr. Horn)

Nachdem die GR-Gläubiger wie nichtnachrangige Gläubiger zu behandeln sind, stellte sich die Frage, ob (auch) für die Inhaber der Genussrechte, die von der FuBus KGaA ab 2006 ausgegeben wurden, eine Gläubigerversammlung zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters gem. § 19 Abs. 2 SchVG vom Insolvenzgericht einzuberufen ist.

Ich habe daher Herrn Prof. Dr. Norbert Horn mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zu dieser Frage beauftragt. Herr Prof. Dr. Horn kommt zu dem Ergebnis, dass § 19 SchVG auf die Genussrechte der FuBus entsprechend anzuwenden ist.

Er führt aus:

Die Genussrechte stellen Gläubigerrechte dar, die inhaltlich den Kriterien von Forderungen entsprechen, die in Schuldverschreibungen i.S. § 1 SchVG verbrieft werden können. Auch Genussrechte aufgrund Kapitalüberlassung gegen Gewinn- und Verlustbeteiligung unterfallen nach h. M. dem weiten Begriff der Forderung i.S. einer Schuldverschreibung. Dieser weite Begriff ist auch für § 24 SchVG maßgeblich, so dass Genussrechtsgläubiger aus Altmissionen, die vor dem Inkrafttreten des SchVG 2009 begeben wurden, durch Opt-in-Beschluss nach § 24 Abs.2 SchVG die Anwendung des SchVG und damit des § 19 SchVG beschließen können. Die Finanzanlagen unterliegen (innerhalb der Serien) einheitlichen Bedingungen und sind übertragbar. Sie sind im Rahmen einer Gesamtemission begeben, also einer gleichförmigen vielfachen Veräußerung gleicher Rechte einer Anleihe. Dabei ist zwischen der Emission bis zum 4.8.2009 (Altmission) und der Emission ab dem 5.8.2009, an dem das neue Gesetz in Kraft trat (Neuemission), zu unterscheiden.

Die Genussrechte sind jedoch nicht verbrieft, und die Verbriefung ist in den GR-Bedingungen § 1 (1) 2 ausgeschlossen. Sie erfüllen insofern nicht die Merkmale einer Schuldverschreibung i.S. § 1 und § 2 SchVG. Die Bekundungen des Rechtserwerbs durch Zeichnungsauftrag und Gegenzeichnung (Vertragsschluss) und durch die Ausstellung einer Bestätigung der Eintragung im Genussrechtsregister der Gesellschaft stellen die Verbriefung nicht her und die Führung eines Genussrechtsregisters ersetzt die Verbriefung nicht. Es ergibt sich jedoch eine gewisse Annäherung an eine Verbriefung in der Eintragungsbestätigung, die im Übrigen Beweisurkunde ist, und die Eintragung im Genussrechtsregister erweckt Erwartungen im Anlegerpublikum, dass hier eine Art Äquivalent für eine Verbriefung gegeben sei.

Eine analoge Anwendung der insolvenzrechtlichen Spezialnorm des § 19 SchVG ist geboten. Die Voraussetzungen einer Gesetzesanalogie sind erfüllt, nämlich die Ähnlichkeit des regelungsbedürftigen

Sachverhalts (unverbriefte Rechte) mit dem gesetzlichen Tatbestand (verbriefte Rechte), und das Zutreffen des Gesetzeszwecks (*ratio legis*) auch beim unregelmäßigem Sachverhalt.

Die Gläubiger der unverbrieften Genussrechte sind in der Insolvenz den Gläubigern verbrieftes Genussrechte im Grundsatz gleich (§ 87 InsO). Bei beiden Gruppen von Gläubigern beruhen die Gläubigerrechte - im Unterschied zu den übrigen Insolvenzgläubigern - auf Sachverhalten, die bis auf die Verbriefung völlig gleich sind, nämlich Erwerb von vertretbaren und fungiblen Genussrechten im Rahmen von Gesamtemissionen. In beiden Fällen ergibt sich das Bedürfnis nach Koordination der Masse der Anleihegläubiger (als Untergruppen der gesamten Insolvenzgläubiger) durch die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters gem. § 19 SchVG. Die für eine analoge Anwendung gebotene Ähnlichkeit der Sachverhalte ist gegeben.

Auch die *ratio legis* trifft auf den Fall der unverbrieften Genussrechte zu. Das Gesetz bezweckt die Vereinfachung und Effektivität des gesamten Insolvenzverfahrens durch die Koordinierung der besonderen Gruppen der Anleihegläubiger und zugleich den Anlegerschutz durch Sicherstellung, dass deren Rechte im Insolvenzverfahren berücksichtigt werden. Bei unverbrieften wie verbrieften Genussrechten besteht der gleiche Bedarf einer Koordinierung der Masse der Gläubigerrechte in der Insolvenz. Diese Koordinierung wird von § 19 SchVG gewährleistet mit dem Zweck, die Rechte der Anleihegläubiger zu wahren, aber auch die Effektivität des Insolvenzverfahrens zu fördern, die im Interesse aller Gläubiger und im öffentlichen Interesse liegt. Diese *ratio legis* trifft auch auf die unverbrieften Genussrechte zu.

§ 19 SchVG ist daher auf die Genussrechte der Serien A-06, B-06 und C-06 der FuBus KGaA entsprechend anzuwenden. Bei Genussrechten, die vor dem 5.8.2009 begeben wurden (Altemission), ist in derselben Gläubigerversammlung zuerst ein Opt-in-Beschluss herbeizuführen.

Gutachten zu einer Beschlussfassung der Versammlung der Genussrechtinhaber über die Vergütung des gemeinsamen Vertreters bzw. anderer „interner“ Weisungen und zum Umgang des Gerichts mit entsprechenden Anträgen (Prof. Dr. Thole)

Mir ist bekannt, dass in der Versammlung der Genussrechtinhaber in dem Verfahren PROSAVUS AG Beschlüsse u.a. zu der Vergütung des gemeinsamen Vertreters gefasst wurden. Entsprechende Anträge zur Ergänzung der Tagesordnung der hiesigen Versammlungen wurden seitens unterschiedlicher Anlegerschutzanwälte im Vorfeld auch in diesem Verfahren gestellt. Zudem gab es Anträge, die Tagesordnung auch dahingehend zu ergänzen, dass weitere Beschlüsse, namentlich Erteilung diverser interner Weisungen im Verhältnis GR-Gläubiger zum gemeinsamer Vertreter (z.B. der gemeinsame Vertreter soll auf Feststellung klagen; Beschränkung der Haftung des gemeinsamen Vertreters gegenüber den GR-Gläubigern etc.) gefasst werden sollten.

Zu den Fragen, ob die Versammlung der GR-Gläubiger in den Terminen nach § 19 Abs. 2 SchVG überhaupt das Insolvenzverfahren bindende Beschlüsse (über die Vergütungshöhe, Erteilung von Weisungen etc.) fassen kann, und ob das Insolvenzgericht verpflichtet ist, Fragen des Innenverhältnisses

zwischen dem gemeinsamen Vertreter und den vertretenen Gläubigern in die Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG einzubeziehen, habe ich ein Gutachten des Prof. Dr. Thole eingeholt, das auf der FuBus-Homepage veröffentlicht ist. Herr Prof. Thole kommt zu folgenden Ergebnissen:

1. Die Versammlung der GR-Gläubiger kann sich zwar in einem – insoweit intern wirkenden – Beschluss zur Höhe der Vergütung des gV verhalten und dem gV auch eine Vergütung aus eigenen Mitteln zusagen. Die Versammlung kann die Höhe der Vergütung des gV aber nicht mit Wirkung für und gegen die Masse der FuBus selbst festlegen. Das gilt unabhängig davon, wie man die Vergütung rechtlich einordnet (Masseverbindlichkeit, Insolvenzforderung, nachrangige Insolvenzforderung – s. zu letzterer Auffassung Aufsatz von Antoniadis (NZI 2014, 785), wonach die Gläubiger der Serien, in denen ein gemeinsamer Vertreter gewählt wird - und nur diese – die Kosten des gemeinsamen Vertreters und im Übrigen die nicht durch einen gemeinsamen Vertreter vertretenen Gläubiger keine Kosten zu tragen haben).

Die Masse ist stets nur nach dem Maßstab des Gesetzes, d.h. nach dem Maßstab der Angemessenheit verpflichtet, § 7 Abs. 6 SchVG. Eine verbindliche Klärung der Pflicht zur Tragung der Vergütung kann nur in einem gerichtlichen Rechtsstreit herbeigeführt werden. Ich habe bereits mehrfach – auch im Zusammenhang mit den Versammlungen der OSV-Gläubiger – darauf hingewiesen, dass ich die Höhe der Vergütung (und die rechtliche Einordnung des Anspruchs) auf jeden Fall gerichtlich überprüfen lassen werde.

2. Es besteht aus mehreren Gründen keine Verpflichtung des Insolvenzgerichts, Fragen der internen Weisungen an den gV und der Vergütung in die Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG einzubeziehen.

Das gilt auch dann, wenn eine entsprechende Erweiterung der Tagesordnung beantragt wurde. Entsprechende Anträge auf Erweiterung der Tagesordnung können nach § 13 Abs. 3 SchVG zurückgewiesen werden. Repräsentiert der Gläubiger nicht mind. 5% der ausstehenden Summe der Schuldverschreibung, ist der Antrag bereits unzulässig.

Der Antrag muss zudem so frühzeitig erfolgen, dass mindestens 3 Tage vorher der zusätzliche Beschlussgegenstand bekanntgemacht werden könnte, § 13 Abs. 3 S. 2 SchVG.

Ferner setzt § 13 Abs. 3 SchVG ein besonderes Interesse an der Erweiterung der Tagesordnung voraus. Ein solches besonderes Interesse fehlt aber grds., weil das Insolvenzgericht nicht verpflichtet ist, die nach den Regeln der InsO zu beurteilende Beschlussfassung (§ 19 Abs. 1 SchVG) in der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG mit der rein internen, nach dem SchVG zu behandelnden Beschlussfassung zu vermengen. Es darf insofern auf eine ggf. weitere, „interne“ Gläubigerversammlung nach den Regeln des SchVG verwiesen werden.

Es ist also festzuhalten, dass diese **heutigen** Versammlungen allein der Wahl oder Nichtwahl eines gV der GR-Gläubiger dienen.

Information zur bisher generierten Masse

Ich möchte Ihnen nun noch kurz Angaben zur bisher generierten Masse (etwa € 80,0 Mio.) machen.

Die größten Positionen sind:

- Einzug Bankguthaben (Deutsche Bank, Deutsche Postbank etc.): **€ 11,0 Mio.**
- Rückkaufswerte Renten- und Lebensversicherungen: insgesamt bisher etwa **€ 69,2 Mio.**
Finance Life: rund € 66,0 Mio. freie Masse zzgl. weiterer rund T€ 600, bzgl. derer noch evtl. Drittrechte zu prüfen sind
Canada Life: ca. € 2,6 Mio. freie Masse

Schlussbemerkung

Meine sehr verehrten Damen und Herren, wie eingangs angekündigt, soll es für heute bei diesen Ausführungen verbleiben. Anlässlich der demnächst stattfindenden ordentlichen Gläubigerversammlung (Berichtstermin) werde ich detailliert zum Stand des Verfahrens berichten und für Fragen zur Verfügung stehen. Ich werde Ihnen dann auch schon erste (Teil-)Ergebnisse – Fortgang der Vermögensverwertung, z.B. Verwertung der Edelmetallbestände etc. - präsentieren zu können.

Schließlich weise ich vorsorglich nochmal auf die Gläubigerinformationen unter www.fubus.de hin, die alle Gläubiger fortlaufend über den Stand der Dinge informieren. Die dort enthaltenen FAQs haben sich seit Insolvenzantrag sehr bewährt.

Vielen Dank!