

***Prof. Dr. Reinhard Bork***

Geschäftsführender Direktor des  
Seminars für Zivilprozess- und Allgemeines Prozessrecht  
der Universität Hamburg

## **Gutachten**

zur Frage der Wirksamkeit einer Nachrangvereinbarung für ein Nachrangdarlehen

erstattet

im Auftrag von

Dr. Bruno M. Kübler

als Insolvenzverwalter der

IV Future Business KGaA

im April 2014

## Gliederung

<b>SACHVERHALT</b> .....	<b>1</b>
<b>AUFTRAG</b> .....	<b>3</b>
<b>STELLUNGNAHME</b> .....	<b>4</b>
I.  ANWENDBARKEIT DES AGB-RECHTS.....	4
1. <i>AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB</i> .....	4
a)  Vertragsbedingungen.....	4
b)  Vorformuliert.....	5
c)  Vom Verwender gestellt.....	5
d)  Ergebnis zu 1. ....	6
2. <i>Ausnahmen vom Anwendungsbereich gemäß § 310 BGB</i> .....	6
3. <i>Ergebnis zu I.</i> .....	6
II.  EINBEZIEHUNG, §§ 305 ABS. 2, 305 C BGB.....	6
1.  § 305 Abs. 2 <i>BGB</i> .....	6
a)  § 305 Abs. 2 Nr. 1 <i>BGB</i> .....	7
b)  § 305 Abs. 2 Nr. 2 <i>BGB</i> .....	8
c)  Ergebnis zu 1. ....	8
2.  § 305c Abs. 1 <i>BGB</i> .....	8
3. <i>Ergebnis zu II.</i> .....	9
III.  INHALTSKONTROLLE.....	9
1. <i>Der Inhaltskontrolle entzogene Hauptleistungsabreden</i> .....	9
2. <i>Verstoß gegen das Transparenzgebot</i> .....	10
a)  Transparenzgebot.....	10
b)  Anwendung auf § 10 DB.....	11
aa)  § 10 S. 1 DB.....	11
bb)  § 10 S. 5 DB.....	12
cc)  Gesamtwürdigung.....	13
dd)  Erfordernis einer unangemessenen Benachteiligung?.....	14
ee)  Ergebnis zu b.....	15
c)  Auswirkungen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot auf § 10 DB.....	15
d)  Ergebnis zu 2. ....	16
3. <i>Ergebnis zu III.</i> .....	16
IV.  KONSEQUENZEN FÜR DEN VERTRAG UND DIE DARLEHENSBEDINGUNGEN IM ÜBRIGEN.....	16
V.  VERTRAGSAUSLEGUNG.....	17
VI.  ERGEBNIS.....	19

## Sachverhalt

Herr RA Dr. Bruno M. Kübler hat mich in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter der IV Future Business KGaA mit Schreiben vom 17. April 2014 gebeten, ein Rechtsgutachten zu folgendem Sachverhalt zu erstellen:

Über das Vermögen der Future Business KGaA (nachfolgend kurz: FuBus oder auch Schuldnerin) ist mit Beschluss des Amtsgerichts Dresden vom 1. April 2014 das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Bei der Schuldnerin handelt es sich um die Konzernober- bzw. Muttergesellschaft der sog. „FuBus-Gruppe“, einer Unternehmensgruppe mit mehr als 20 Gesellschaften im Bereich Finanzdienstleistung mit Sitz in Dresden, Frankfurt a. M., Stuttgart, Wiesbaden und Hamburg.

Satzungsmäßiger Geschäftsgegenstand der im Jahr 2000 gegründeten Schuldnerin waren der Erwerb und die Verwertung von bestehenden kapitalbildenden Versicherungen, der Erwerb von Immobilien sowie der Erwerb, die Veräußerung und die Verwaltung von Beteiligungen an Unternehmen, der An- und Verkauf von Versicherungsbeständen sowie die gewerbliche Vermietung und Verpachtung von Immobilien.

Die Schuldnerin fungierte zudem als Emissionshaus, das sich über die von ihrer Tochtergesellschaft Infinus AG Ihr Kompetenzpartner vermittelte Ausgabe von Orderschuldverschreibungen und Genussrechten sowie – ab 2011 – die Entgegennahme von sog. Nachrangdarlehen refinanzierte.

Die Darlehensverträge kamen so zustande, dass der Darlehensgeber einen von der FuBus vorformulierten „Antrag auf ein Nachrangdarlehen“ ausfüllte, der dann nach Prüfung von der FuBus gegengezeichnet wurde. In dem Antragsformular folgte nach den Angaben zur Person des Antragstellers die einleitende Überschrift „Hiermit gewähre(n) ich/wir gemäß den Bedingungen für Nachrangdarlehen“, der dann verschiedene Felder zur Darlehenshöhe, zur Laufzeit, zur Zinshöhe etc. folgten.

In den Darlehensbedingungen zu dem Nachrangdarlehen heißt es u. a. wörtlich:

### „§ 10 Nachrangigkeit, qualifizierter Rangrücktritt

Das Nachrangdarlehen tritt mit seinen Forderungen gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern gegen die Darlehensnehmerin im Rang zurück. Zahlung von Ansprüchen aus den Nachrangdarlehen insbesondere die Zahlung der Zinsen sowie die Rückzahlung des valutierten Darlehensbetrages steht unter dem Vorbehalt, dass bei der Darlehensnehmerin ein Insolvenzeröffnungsgrund nicht entsteht. Können aufgrund dieses Zahlungsvorbehalts Zinszahlungen durch die Darlehensnehmerin nicht geleistet werden, sind diese, unter den Voraussetzungen des § 10, zum nächsten Zinstermin nachzuholen. Kann aufgrund des Zahlungsvorbehalts die Rückzahlung des Kapitals nicht zum Fälligkeitstag erfolgen, ist die Rückzahlung unter den Voraussetzungen des § 10 drei Monate nach dem Fälligkeitstag vorzunehmen. Das Nachrangdarlehen wird mit seinen Forderungen, im Falle des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Darlehensnehmerin oder der Liquidation der Darlehensnehmerin, erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger bedient.“

In sämtlichen Anträgen auf ein Nachrangdarlehen bestätigte der Anleger ausdrücklich, das aktuelle Exposé inklusive den Bedingungen für Nachrangdarlehen ausgehändigt bekommen zu haben. Die Richtigkeit dieser Bestätigung soll im Folgenden unterstellt werden.

Die Verbindlichkeiten gegenüber Nachrangdarlehensgebern belaufen sich im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf rd. € 54 Mio.

## **Auftrag**

Es soll in einem Rechtsgutachten zu der Frage Stellung genommen werden, ob die in § 10 der Darlehensbedingungen der Schuldnerin festgeschriebene Nachrangklausel wirksam vereinbart worden ist und damit die aus den Nachrangdarlehen resultierenden Ansprüche der Darlehensgeber denjenigen der übrigen Gläubiger gemäß § 38 InsO nach § 39 InsO nachgehen.

## **Stellungnahme**

Die Ansprüche der Darlehensgeber sind in der Insolvenz der FuBus nachrangig i. S. v. § 39 InsO, wenn die Nachrangklausel in § 10 der Darlehensbedingungen (im Folgenden kurz: DB) wirksam ist. Nachrangklauseln sind üblich und werfen keine grundsätzlichen Wirksamkeitszweifel auf. Bedenken ergeben sich allein daraus, dass es sich bei den Darlehensbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Ich prüfe daher im Folgenden zunächst die Anwendbarkeit des AGB-Rechts (I.), dann die Einbeziehung (II.) und die Wirksamkeit von § 10 DB (III.), bevor nach einem Blick auf die Rechtsfolgen (IV.) abschließend das wesentliche Ergebnis des Gutachtens zusammengefasst wird (V.).

### **I. Anwendbarkeit des AGB-Rechts**

Die Wirksamkeit von § 10 DB bestimmt sich nach §§ 305 ff. BGB, wenn es sich bei den Darlehensbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB handelt (1.) und sie nicht gemäß § 310 BGB vom Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ausgenommen sind (2.).

#### **1. AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB**

Bei den Darlehensbedingungen der FuBus müsste es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handeln. Nach dieser Norm sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.

##### **a) Vertragsbedingungen**

Es müsste sich bei den Darlehensbedingungen um „Vertragsbedingungen“ i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handeln. Daran ergeben sich hier keine Zweifel.

**b) Vorformuliert**

Die Darlehensbedingungen der FuBus müssten sodann vorformuliert sein, was ebenfalls unzweifelhaft der Fall ist.

**c) Vom Verwender gestellt**

Außerdem müssten die Darlehensbedingungen gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB von der FuBus als Vertragspartnerin der Darlehensgeber gestellt worden sein. Auch das ist der Fall. Zwar sind die Darlehensverträge von der Infinus AG vermittelt worden. Vertragspartnerin der Darlehensgeber war aber die FuBus, nicht die Infinus AG. Gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB müssten die Darlehensbedingungen daher von der Vertragspartei als Verwender, also der FuBus gestellt worden sein. Auch das ist nach den mir erteilten Informationen der Fall, denn die Darlehensbedingungen stammen von der FuBus, die sie der Infinus AG für die Einwerbung von Darlehensverträgen zur Verfügung gestellt hat.

Es ist also nicht so, dass hier ein Dritter – beispielsweise ein Makler – im Auftrag einer Vertragspartei ein Formular entwickelt hätte,<sup>1</sup> zumal im Hinblick auf die personellen Verflechtungen bereits fraglich erscheint, ob die Infinus AG überhaupt als „Dritter“ anzusehen ist. Im Übrigen würde dann bei Verbraucherverträgen jedenfalls § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB eingreifen,<sup>2</sup> nach dem für eine Vielzahl von Verwendungen vorformulierte Vertragsbedingungen<sup>3</sup> als vom Unternehmer gestellt gelten, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden, was hier unzweifelhaft nicht geschehen ist.

Die Darlehensbedingungen wurden daher von der FuBus als Vertragspartnerin der Anleger gestellt.

---

<sup>1</sup> Vgl. zu dieser Konstellation *BGHZ* 118, 229, 239; *BGH* NJW-RR 2013, 1028 Rdnr. 17; NJW 1985, 2477; Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 305 Rdnr. 12.

<sup>2</sup> *BGHZ* 176, 140 Rdnr. 20; 141, 108, 112 f.; Münchener Kommentar zum BGB (= MünchKomm.BGB)-Basedow, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 310 Rdnr. 62; Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 305 Rdnr. 12, § 310 Rdnr. 12; Staudinger-Schlosser, BGB, Neubearbeitung 2013, § 310 Rdnr. 55.

<sup>3</sup> Dazu *BGHZ* 176, 140 Rdnr. 13.

**d) Ergebnis zu 1.**

Damit kann festgehalten werden, dass es sich bei den Darlehensbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. §§ 305 ff. BGB handelt.

**2. Ausnahmen vom Anwendungsbereich gemäß § 310 BGB**

§§ 305 ff. BGB sind nur anwendbar, soweit keine Ausnahme vom Anwendungsbereich nach § 310 BGB besteht. Insoweit kommt hier nur § 310 Abs. 1 BGB in Betracht. Wurden die Darlehensverträge von Personen geschlossen, die Unternehmer i. S. v. § 14 Abs. 1 BGB sind, sind für die betreffenden Verträge gemäß § 310 Abs. 1 BGB die §§ 305 Abs. 2 und 3, 308, 309 BGB nicht anwendbar. Voraussetzung ist allerdings nach § 14 Abs. 1 BGB, dass der Unternehmer bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt hat. Davon wird man bei Kapitalanlagen der vorliegenden Art in der Regel nicht ausgehen können, so dass ich diesem Aspekt nicht weiter nachgehe.

**3. Ergebnis zu I.**

Damit kann festgehalten werden, dass das AGB-Recht auf die Darlehensbedingungen der FuBus anwendbar ist.

**II. Einbeziehung, §§ 305 Abs. 2, 305 c BGB**

Die Darlehensbedingungen müssten sodann wirksam in den Genussrechtsvertrag einbezogen worden sein.

**1. § 305 Abs. 2 BGB**

Die Einbeziehung der Darlehensbedingungen ist in erster Linie an § 305 Abs. 2 BGB zu messen.



**a) § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB**

Gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist erforderlich, dass der Verwender die andere Vertragspartei bei Vertragsschluss ausdrücklich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweist. Der Hinweis kann schriftlich oder mündlich erfolgen.<sup>4</sup> Er muss zusammen mit den Erklärungen, die zum Vertragsabschluss geführt haben, erteilt werden.<sup>5</sup> Der Hinweis muss aufgrund der geforderten Ausdrücklichkeit so angeordnet und gestaltet sein, dass ein durchschnittlicher Verwendungsgegner ihn auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersieht.<sup>6</sup> Ein schlüssiges Verhalten kann lediglich dann ausreichen, wenn zwischen Verwender und Vertragspartner unstreitig ist, dass der Vertragspartner mit der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden ist.<sup>7</sup> Weder die Wiedergabe der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Angebotstextes noch die Beifügung auf einem gesonderten Blatt ohne Bezugnahme im Vertragsangebot reicht aus.<sup>8</sup>

In den mir vorliegenden Antragsformularen findet sich nach den Angaben zur Person des Antragstellers die einleitende Überschrift „Hiermit gewähre(n) ich/wir gemäß den Bedingungen für Nachrangdarlehen“, der dann verschiedene Felder zur Darlehenshöhe, zur Laufzeit, zur Zinshöhe etc. folgen. Dieser Satz ist optisch nicht gesondert hervorgehoben, steht aber direkt zwischen den Feldern für die persönlichen Angaben und denen zu den Darlehensmodalitäten und weist deutlich auf die Darlehensbedingungen hin. Es ist daher davon auszugehen, dass der genannten Satz auch bei flüchtiger Betrachtung<sup>9</sup> gesehen wird. Das genügt den Anforderungen an einen ausdrücklichen Hinweis i. S. v. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

---

<sup>4</sup> BGHZ 86, 135, 137; Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 305 Rdnr. 27.

<sup>5</sup> Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 305 Rdnr. 28.

<sup>6</sup> BGH ZIP 1986, 1126, 1129; Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 305 Rdnr. 28; Staudinger-Schlosser (Fn. 2), § 305 Rdnr. 110.

<sup>7</sup> BGH ZIP 1986, 1126, 1127; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 305 Rdnr. 124; a. A. aber unter Berufung auf die zitierte BGH-Entscheidung Staudinger-Schlosser (Fn. 2), § 305 Rdnr. 105.

<sup>8</sup> Erman-Roloff, BGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 305 Rdnr. 27; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack (Fn. 7), § 305 Rdnr. 129; a. A. Staudinger-Schlosser (Fn. 2), § 305 Rdnr. 105: Die kommentarlose Übersendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen reiche aus, wenn die Bedingungen eindeutig auf den abzuschließenden Vertrag zugeschnitten sind.

<sup>9</sup> Vgl. oben Fn. 6.

**b) § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB**

Gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB muss der Verwender dem Kunden außerdem die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme verschaffen.<sup>10</sup> Erfolgt der Vertragsschluss unter Abwesenden, wird § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB grundsätzlich nur durch das Übersenden der Allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt.<sup>11</sup> Bei einem Vertragsschluss auf der Grundlage eines Prospektes genügt der Verwender § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in diesem abgedruckt sind, sofern der Prospekt dem Vertragspartner zugegangen ist.<sup>12</sup> Nach den mir erteilten Informationen wurden die Darlehensbedingungen in allen Fällen dem gegengezeichneten Darlehensantrag beigelegt. Außerdem befinden sie sich in dem Exposé, das den Darlehensgebern ebenfalls ausgehändigt worden ist. Daher ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

**c) Ergebnis zu 1.**

Damit lässt sich festhalten, dass die Darlehensbedingungen der FuBus wirksam in den Vertrag einbezogen wurden.

**2. § 305c Abs. 1 BGB**

Gemäß § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Die hier im Mittelpunkt stehende Nachrangklausel ist aber schon deshalb nicht überraschend, weil das Darlehen ausdrücklich als „Nachrangdarlehen“ bezeichnet ist. Angesichts dessen musste mit einer die Nachrangigkeit näher erläuternden Nachrangklausel fraglos gerechnet werden.

Die Einbeziehung von § 10 DB scheitert somit auch nicht an § 305c Abs. 1 BGB.

---

<sup>10</sup> *BGH NJW* 2010, 864 Rdnr. 38; *MünchKomm.BGB-Basedow* (Fn. 2), § 305 Rdnr. 66; *Palandt-Grüneberg* (Fn. 1), § 305 Rdnr. 31.

<sup>11</sup> *MünchKomm.BGB-Basedow* (Fn. 2), § 305 Rdnr. 66; *Palandt-Grüneberg* (Fn. 1), § 305 Rdnr. 33.

<sup>12</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack* (Fn. 7), § 305 Rdnr. 147.

### 3. Ergebnis zu II.

Damit kann festgehalten werden, dass die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB erfüllt sind. Die Darlehensbedingungen der FuBus sind daher insgesamt Vertragsbestandteil geworden.

### III. Inhaltskontrolle

§ 10 DB müsste außerdem der Inhaltskontrolle standhalten.

#### 1. Der Inhaltskontrolle entzogene Hauptleistungsabreden

Der Inhaltskontrolle unterliegen nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nur solche Bestimmungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Keiner Inhaltskontrolle unterliegen insbesondere Abreden über den Inhalt der Hauptleistung, die sich im Rahmen der von Gesetz und Recht gewährleisteten vertraglichen Gestaltungsfreiheit bewegen.<sup>13</sup>

Der *Bundesgerichtshof* hat für Genussrechte entschieden, dass mit der Vereinbarung einer Verlustbeteiligung der Hauptleistungsinhalt im Rahmen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit festgelegt werde.<sup>14</sup> Entsprechend wird auch mit der Vereinbarung eines Nachrangs der Hauptleistungsinhalt festgelegt.<sup>15</sup> Das muss jedenfalls für ein „Nachrangdarlehen“ gelten, das – im Gegensatz zum Normalfall des verkehrsüblichen Kredits (§§ 488 ff. BGB) – gesetzlich nicht typisiert ist. Die Bestimmung dessen, was ein Nachrangdarlehen zu einem solchen macht, ist daher eine Vereinbarung über den Hauptleistungsinhalt.

Die Nachrangvereinbarung in § 10 DB ist mithin gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen.

---

<sup>13</sup> *BGHZ* 119, 305, 314 f.; *BGH ZIP* 1986, 984, 982; Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 307 Rdnr. 41; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs (Fn. 7), § 307 Rdnr. 14.

<sup>14</sup> *BGHZ* 119, 305, 315.

<sup>15</sup> MünchKomm.BGB-Habersack, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 793 Rdnr. 48; Spindler/Stilz-Seiler, AktG, 2. Aufl. 2010, § 221 Rdnr. 169.

## 2. Verstoß gegen das Transparenzgebot

Möglicherweise liegt aber ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor. Gemäß § 307 Abs. 3 S. 2 BGB gilt § 307 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB auch für Klauseln, mit denen der Hauptleistungsinhalt festgelegt wird. Verstöße gegen das Transparenzgebot können mithin auch die Unwirksamkeit einer die Hauptleistungspflicht bestimmenden Klausel zur Folge haben.

### a) Transparenzgebot

Das Transparenzgebot beinhaltet insbesondere das Bestimmtheitsgebot und das Verbot irreführender Darstellung und Verschleierung der Rechtslage.<sup>16</sup> Irreführende Darstellung und Verschleierung liegen vor, wenn eine Klausel objektiv zur Irreführung geeignet ist.<sup>17</sup> Das Bestimmtheitsgebot erfordert, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolge so deutlich beschrieben werden, dass dem Verwender keine ungerichtfertigten Beurteilungsspielräume eingeräumt werden.<sup>18</sup> Weiterhin sollen für den Vertragspartner seine Rechte möglichst klar und einfach feststellbar sein, damit er nicht von der Rechtsdurchsetzung abgehalten wird. Eine Klausel verletzt daher das Bestimmtheitsgebot, sofern sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält; sie genügt ihm, wenn im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Verwenders so klar, einfach und präzise wie möglich umschrieben werden.<sup>19</sup> Dabei gebieten Treu und Glauben auch, dass für einen durchschnittlichen Vertragspartner die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit erkennbar sind, wie dies nach den konkreten Umständen gefordert werden kann.<sup>20</sup>

Die Anforderungen dürfen jedoch nicht überspannt werden. Das Transparenzgebot fordert vom Verwender nicht, dass jede Klausel gleichsam mit einem Kommentar versehen

---

<sup>16</sup> Vgl. MünchKomm.BGB-*Wurmnest* (Fn. 2), § 307 Rdnr. 57 ff.; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 23 ff.: jeweils zu den verschiedenen von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Fallgruppen.

<sup>17</sup> Palandt-*Grüneberg* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 27; Ulmer/Brandner/Hensen-*Fuchs* (Fn. 7), § 307 Rdnr. 342.

<sup>18</sup> *BGH* NJW 2004, 1598, 1600 (auch zum Folgenden).

<sup>19</sup> *BGHZ* 195, 93 Rdnr. 75; 187, 360 Rdnr. 20; 165, 12 Rdnr. 23; *BGH* NJW 2014, 924 Rdnr. 23; 2010, 3152 Rdnr. 29; MünchKomm.BGB-*Wurmnest* (Fn. 2), § 307 Rdnr. 59; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 21; Ulmer/Brandner/Hensen-*Fuchs* (Fn. 7), § 307 Rdnr. 338.

<sup>20</sup> *BGHZ* 195, 93 Rdnr. 76; 187, 360 Rdnr. 20; *BGH* NJW 2010, 3152 Rdnr. 29; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 21.

wird.<sup>21</sup> Beurteilungsmaßstab ist nicht ein flüchtiger Betrachter, sondern ein aufmerksamer und sorgfältiger Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr.<sup>22</sup> Darlehensbedingungen müssen daher die Rechte und Pflichten so klar und deutlich darstellen, dass ein durchschnittlicher, aufmerksamer und sorgfältiger Anleger sie verstehen kann. Zur Ermittlung des Verständnisses eines durchschnittlichen Anlegers können auch Umstände außerhalb der Allgemeinen Geschäftsbedingungen berücksichtigt werden, sofern diese dem typischen Anleger bekannt sind oder bekannt sein müssen, wie dies insbesondere für den Inhalt eines veröffentlichten Emissionsprospekts anzunehmen ist.<sup>23</sup>

## **b) Anwendung auf § 10 DB**

Eine Anwendung dieser Grundsätze auf § 10 DB ergibt Folgendes:

### **aa) § 10 S. 1 DB**

Gemäß § 10 S. 1 DB treten die Forderungen aus den Darlehen gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der Gesellschaft im Rang zurück. Diese Formulierung wirft für den Fall der Insolvenz die Frage auf, in welchen Rang die Forderungen *genau* eingestuft werden sollen. Diese Frage ist durch Auslegung zu beantworten, wobei Allgemeine Geschäftsbedingungen grundsätzlich objektiv auszulegen sind:<sup>24</sup> Sie sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so zu interpretieren, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> BGHZ 112, 115, 119; BGH NJW 1998, 3114, 3116; ZIP 1993, 926, 929; Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 307 Rdnr. 22.

<sup>22</sup> Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 307 Rdnr. 23; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs (Fn. 7), § 307 Rdnr. 344; vgl. für den Versicherungsnehmer BGHZ 162, 210, 214; 123, 83, 85.

<sup>23</sup> Sethe, WM 2012, 577, 580: Sofern Prospektspflicht bestand, könne zur Auslegung der Bedingungen auf den Inhalt des Prospekts abgestellt werden, und ebd. S. 580 f.; ferner zur Berücksichtigung des Prospektinhalts bei Auslegung des Inhalts von Genussscheinen MünchKomm.BGB-Habersack (Fn. 15), § 793 Rdnr. 47; Sethe, WM 2012, 577, 580 f.

<sup>24</sup> BGHZ 176, 244 Rdnr. 19; 102, 384, 389 f.; 51, 55, 58; BGH WM 2008, 1350 Rdnr. 15; 2007, 2078 Rdnr. 23; MünchKomm.BGB-Beckmann (Fn. 2), § 305c Rdnr. 22 ff.; Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 305c Rdnr. 16.

<sup>25</sup> BGHZ 176, 244 Rdnr. 19; 102, 384, 389 f.; Bork, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 1771.

Befragt man § 10 S. 1 DB auf seine genaue Rangaussage, so steht jedenfalls fest, dass die Darlehensgeber mit ihren Forderungen nicht auf die Stufe der Gesellschafter der FuBus (in den Rang des § 199 S. 2 InsO) zurückgetreten sind. Dies ergibt sich aus der Formulierung „allen *anderen* Ansprüchen von Gläubigern“, die verdeutlicht, dass die Darlehensgeber als Gläubiger und nicht als Gesellschafter berücksichtigt werden sollen.<sup>26</sup> Dies ist für typische Nachrangabreden, die keine ausdrückliche Subordination in den Rang des § 199 S. 2 InsO vorsehen, anerkannt.<sup>27</sup>

Denkbar wäre eine Einordnung hinter den einfachen Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO), aber vor den übrigen nachrangigen Insolvenzgläubigern, also gleichsam in den fiktiven Rang des „§ 39 Abs. 1 Nr. 0 InsO“. Bedenkt man freilich, dass die Darlehensgeber gemäß § 10 S. 1 DB gegenüber *allen* anderen Ansprüchen von Gläubigern der Gesellschaft zurücktreten, dann lässt das darauf schließen, dass auch die Ansprüche mit dem Rang nach § 39 Abs. 1 und 2 InsO vorgehen. Denn auch die dort rangierenden Forderungen sind – wenn auch ihrerseits nachrangige – Ansprüche von Gesellschaftsgläubigern.

### **bb) § 10 S. 5 DB**

Mit dieser Interpretation verträgt sich aber § 10 S. 5 DB nicht. Nach dieser Bestimmung wird das Nachrangdarlehen im Falle eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft oder einer Liquidation der Gesellschaft erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger bedient. Hier wird nur der Vorrang der einfachen Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO anerkannt. Folgt man dem, rangieren die Darlehensgeber in einem Rang zwischen § 38 InsO und § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO, also in dem fiktiven Rang des „§ 39 Abs. 1 Nr. 0 InsO“. Diese Einordnung verträgt sich aber nicht mit dem Wortlaut von § 10 S. 1 DB, so dass unklar ist, was denn nun gelten soll.

---

<sup>26</sup> Vgl. Bork, FS Röhrich, 2005, S. 47, 60.

<sup>27</sup> Vgl. für Nachrangabreden in Genussrechtsbedingungen Habersack/Mülbert/Schlitt-Berghaus/Bardelmeier, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 3. Aufl. 2013, § 14 Rdnr. 16; Hölter-Haberstock/Greitemann, AktG, 2. Aufl. 2014, § 221 Rdnr. 42; Schmidt/Lutter-Merkt, AktG, 2. Aufl. 2010, § 221 Rdnr. 60; Spindler/Stilz-Seiler (Fn. 15), § 221 Rdnr. 36.

Zweifel ließen sich beseitigen, wenn die beiden Sätze unterschiedlichen Situationen zugeordnet werden könnten. Das ist aber nicht ersichtlich. Nachrangvereinbarungen werden nur für den Fall gebraucht, dass das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, seine Gläubiger zu befriedigen. Solange der Schuldner hinreichend liquide ist, stellt sich die Frage nicht, in welcher Reihenfolge er seine Gläubiger befriedigt. Erst wenn es – in der Insolvenz oder Liquidation – darum geht, das Gesamtvermögen auf die Gesamtgläubigerschaft zu verteilen, kommen Rangvereinbarungen ins Spiel. Daher hat § 10 S. 1 DB keinen anderen Anwendungsbereich als § 10 S. 5 DB, so dass weiterhin unklar bleibt, auf welchen Rang genau sich die Genussrechtsinhaber einrichten müssen.

Diese Unklarheit kann auch nicht mit der Auslegungsregel des § 39 Abs. 2 InsO behoben werden. Nach dieser Vorschrift werden Forderungen, für die zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren vereinbart worden ist, im Zweifel nach den in § 39 Abs. 1 InsO bezeichneten (nachrangigen) Forderungen berichtigt. Es ist schon zweifelhaft, ob diese Regelung hier überhaupt angewandt werden kann, denn zum einen ist fraglich, ob nicht die Auslegungsregel des § 39 Abs. 2 InsO von der des § 305c Abs. 2 BGB verdrängt wird, und zum anderen enthält jedenfalls § 10 S. 1 DB keine Nachrangvereinbarung (nur) für den Insolvenzfall. Unabhängig davon führt § 39 Abs. 2 InsO aber schon deshalb nicht zum Ziel, weil das von dieser Vorschrift nahegelegte Ergebnis (§ 39 Abs. 2 InsO) auf gar keinen Fall gewollt ist. Denn entweder gilt die zu § 10 S. 1 DB gefundene Interpretation (Rang vor § 199 S. 2 InsO) oder es gilt die in § 10 S. 5 DB niedergelegte (Rang zwischen § 38 InsO und § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Der Zweifel, ob nun das eine oder das andere gelten soll, kann nicht dadurch beseitigt werden, dass man sich über die Auslegungsregel in § 39 Abs. 2 InsO gleichsam „in der Mitte trifft“. Diese Auslegungsregel kann nur herangezogen werden, wenn sich aus der Nachrangvereinbarung selbst keine hinreichenden Anhaltspunkte für die genaue Einordnung im System der §§ 38, 39, 199 InsO ergeben, so dass Zweifel über die genaue Platzierung bleiben. Im vorliegenden Fall gibt es aber zwei widersprüchliche Aussagen, die sich gegenseitig ausschließen. Die Zweifel, ob das eine oder das andere gelten soll, können dann aber nicht über § 39 Abs. 2 InsO beseitigt werden.

### **cc) Gesamtwürdigung**

Folgt man dem, kommt man an dem Ergebnis nicht vorbei, dass § 10 DB die nötige Transparenz fehlt, weil auch für einen durchschnittlichen, aufmerksamen und sorgfälti-

gen Vertragspartner nicht ohne weiteres erkennbar ist, welche Rechte er im Verhältnis zu anderen Gläubigern der Gesellschaft hat. Während § 10 S. 1 DB eher für einen Rang nach § 39 Abs. 2 InsO, aber vor § 199 S. 2 InsO spricht, deutet § 10 S. 5 DB auf einen Rang zwischen § 38 InsO und § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO hin. Beides verträgt sich nicht miteinander. § 10 DB enthält daher zwei 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.

#### **dd) Erfordernis einer unangemessenen Benachteiligung?**

Fraglich ist, ob zur Intransparenz noch eine unangemessene Benachteiligung hinzutreten muss. Gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB *kann* sich eine unangemessene Benachteiligung auch aus einem Verstoß gegen das Transparenzgebot ergeben. Unterschiedlich beurteilt wird, ob sich die Unwirksamkeit allein aus dem Verstoß gegen das Transparenzgebot ergeben kann<sup>28</sup> oder ob hinzukommen muss, dass gerade die Intransparenz auch zu einer unangemessenen Benachteiligung führt<sup>29</sup>. Zu beachten ist freilich, dass auch diejenigen, nach deren Ansicht ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nur dann zur Unwirksamkeit der Bestimmung führt, wenn die Intransparenz auch eine unangemessene Benachteiligung zur Folge hat, davon ausgehen, dass eine unangemessene Benachteiligung regelmäßig aus der Unklarheit resultiert.<sup>30</sup> Die Intransparenz führe bereits zur unangemessenen Benachteiligung, wenn mangels hinreichender „Abschlusstransparenz“ der Vertragspartner an der sachgerechten Beurteilung gehindert werde, ob es sich um einen für ihn günstigen oder zumindest akzeptablen Vertrag handelt, oder wenn mangels hinreichender „Abwicklungstransparenz“ der Vertragspartner durch unklare Klauseln seine eigenen Rechte oder die Pflichten des Verwenders nicht erkennen und einschätzen kann und deshalb die Gefahr besteht, dass er seine Rechte nicht durchsetzt.

---

<sup>28</sup> BGHZ 136, 394, 401; BGH ZIP 2000, 16, 18; Heinrichs, NJW 1997, 1407, 1413; Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 307 Rdnr. 24.

<sup>29</sup> Jauernig-Stadler, BGB, 15. Aufl. 2014, § 307 Rdnr. 7; Staudinger-Coester (Fn. 2), § 307 Rdnr. 174 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs (Fn. 7), § 307 Rdnr. 330; vgl. auch MünchKomm.BGB-Wurmnest (Fn. 2), § 307 Rdnr. 56. Offen gelassen von BGH NJW-RR 2011, 1144 Rdnr. 16.

<sup>30</sup> Jeweils auch zum Folgenden Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs (Fn. 7), § 307 Rdnr. 331 ff.; Staudinger-Coester (Fn. 2), § 307 Rdnr. 174 ff.



Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, da für die Darlehensgeber nicht hinreichend bestimmt erkennbar ist, welchen Rang genau ihre Ansprüche im Insolvenz- und Liquidationsfall haben. Die Intransparenz von § 10 DB stellt gemessen hieran eine unangemessene Benachteiligung dar, denn der Vertragspartner wird mangels Klarheit über den Rang seiner Ansprüche in der Insolvenz an der sachgerechten Beurteilung gehindert, ob es sich für ihn um einen akzeptablen Vertrag handelt. Nach beiden Ansichten hat daher hier der Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB die Unwirksamkeit der Regelung zur Folge, so dass es eines Streitentscheides nicht bedarf.

#### **ee) Ergebnis zu b.**

Damit kann festgehalten werden, dass § 10 DB gegen das Transparenzgebot verstößt.

#### **c) Auswirkungen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot auf § 10 DB**

Zu prüfen ist ferner, ob die Intransparenz zur Folge hat, dass die Konkretisierung des Nachrangs in § 10 DB im Ganzen unwirksam ist. Verstößt ein Teil einer Allgemeinen Geschäftsbedingung gegen §§ 307 ff. BGB, ist grundsätzlich die ganze Klausel unwirksam; eine geltungserhaltende Reduktion ist unzulässig.<sup>31</sup> Enthält die Klausel jedoch neben der unwirksamen Bestimmung auch unbedenkliche, sprachlich und inhaltlich abtrennbare Regelungen, bleiben diese wirksam, auch wenn sie den gleichen Sachkomplex regeln.<sup>32</sup> Voraussetzung für die teilweise Wirksamkeit ist, dass infolge des Wegstreichens der unwirksamen Teilregelung ein verständlicher Klauselrest verbleibt.

Im vorliegenden Fall muss eine solche Rettung einer Teilklausel indessen ausscheiden. Ohnehin kommt die Aufrechterhaltung eines Klauselteils nur in Betracht, wenn sich die Streichung zugunsten des Vertragspartners auswirkt.<sup>33</sup> Das wäre hier allenfalls der Fall, wenn man aus § 10 DB den Satz 1 streicht, denn § 10 S. 5 DB enthält unter den beiden Varianten die für die Darlehensgeber günstigste. Darin zeigt sich aber zugleich die besondere Problematik der vorliegenden Konstellation. Es ist nämlich zu berücksichtigen,

---

<sup>31</sup> Siehe nur *BGH NJW* 2013, 991 Rdnr. 25; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 1), § 306 Rdnr. 6.

<sup>32</sup> Jeweils auch zum Folgenden *BGHZ* 145, 203, 212; 136, 314, 322; *BGH NJW* 2006, 1059 Rdnr. 22; ZIP 1984, 1198, 1200; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 1), § 306 Rdnr. 7.

<sup>33</sup> Vgl. *BGH NJW-RR* 2007, 1286 Rdnr. 42 ff.; Beck'scher Online-Kommentar zum BGB-H. Schmidt, Stand 1.2.2014, § 306 Rdnr. 16.

dass sich die Intransparenz gerade aus dem Zusammenspiel der beiden Sätze ergibt. Jeder Satz für sich genommen könnte (was hier nicht näher untersucht werden soll) hinreichend bestimmt sein. In einem solchen Fall kann es aber nicht dem Rechtsanwender überlassen bleiben, sich einen der beiden Sätze herauszusuchen und ihn unter Streichung des Rests aufrechtzuerhalten. Die beiden Regelungsteile können nicht ohne weiteres von einander getrennt werden. Sie stellen vielmehr eine einheitliche (wenn auch intransparente) Nachrangigkeitsregelung dar. Folglich muss in diesem Fall die ganze Klausel für unwirksam erklärt werden.

#### **d) Ergebnis zu 2.**

Damit kann festgehalten werden, dass § 10 DB mit § 307 Abs. 1 BGB unvereinbar ist.

#### **3. Ergebnis zu III.**

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Nachrangkonkretisierung in § 10 DB intransparent und deshalb unwirksam ist.

#### **IV. Konsequenzen für den Vertrag und die Darlehensbedingungen im Übrigen**

Fraglich ist, welche Auswirkungen die Unwirksamkeit auf den Vertrag und die Darlehensbedingungen im Übrigen hat. Die Unwirksamkeit gerade der Nachrangregelung in § 10 DB könnte die Unwirksamkeit des gesamten Vertragswerks zur Folge haben. Gemäß § 306 Abs. 1 BGB bleibt zwar der Vertrag bei Unwirksamkeit einer AGB-Klausel im Übrigen wirksam. Fraglich ist aber, ob § 306 Abs. 1 BGB im Hinblick darauf, dass hier mit dem Nachrang der Hauptleistungsinhalt bestimmt wurde,<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> Dennoch ist nach allgemeiner Auffassung auch im Falle der Unwirksamkeit von Preis- und Leistungsbestimmungen bei der Annahme einer Gesamtwirksamkeit des Vertrages Zurückhaltung geboten, weil dies dem Sinn von § 306 BGB zu-

---

<sup>34</sup> S.o. III.1.

<sup>35</sup> Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs (Fn. 7), § 307 Rdnr. 368.

widerlaufen könnte.<sup>36</sup> Der Vertrag kann insbesondere mit der Maßgabe aufrechterhalten werden, dass die betroffene Leistungseinschränkung wegfällt.<sup>37</sup> Im vorliegenden Fall kommt das schon deshalb in Betracht, weil sich die Nachrangigkeit der Darlehen bereits aus der gewählten Vertragstypusbezeichnung ergibt.<sup>38</sup> Die Aufrechterhaltung des Vertrages im Übrigen ohne die Nachrangkonkretisierung in § 10 DB stellt daher für die Verwenderin 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 Darlehensverträge weitaus nachteiliger.

## V. Vertragsauslegung

Ist also die Nachrangklausel in § 10 DB unwirksam, der Vertrag im Übrigen aber wirksam, dann stellt sich immer noch die Frage, welchen Rang die Ansprüche aus einem Nachrangdarlehen haben. Wenn sich dazu in den Darlehensbedingungen keine konkretisierende Antwort findet (hier: weil die konkretisierende Klausel unwirksam ist), dann ist die Frage durch Auslegung zu beantworten.

Insoweit ist daran anzuknüpfen, dass die Darlehen schon in der Überschrift des Antragsformulars ausdrücklich als „Nachrangdarlehen“ bezeichnet sind. Die Darlehensgeber wussten daher bereits bei Ausfüllen der Antragsformulare, dass sie ein nachrangiges Darlehen geben würden. Damit stellt sich die Frage, was unter einem Nachrangdarlehen zu verstehen ist, wenn die Klausel in den Darlehensbedingungen, die diese Frage eigentlich beantworten soll, unwirksam ist (was der Situation entspricht, dass Vertrag und Darlehensbedingungen von Anfang an keine den Nachrang konkretisierende Bestimmung enthalten). Das führt zu folgender Überlegung:

Für beide Seiten war jedenfalls klar, dass es sich um ein nachrangiges Darlehen handelt. Was das genau bedeutet, ist mangels näherer Interpretation im Vertrag selbst oder in den Darlehensbedingungen durch Auslegung zu bestimmen. Wenn jemand ein „Nachrangdarlehen“ gewährt, dann ist ihm ohne weiteres klar, dass es auch vorrangige Darle-

---

<sup>36</sup> Palandt-Grüneberg (Fn. 1), § 306 Rdnr. 3; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs (Fn. 7), § 307 Rdnr. 369; Staudinger-Schlosser (Fn. 2), § 306 Rdnr. 2; vgl. aber Erman-Roloff (Fn. 8) Rdnr. 4; vgl. ferner Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt (Fn. 7), § 306 Rdnr. 10: Mindestvoraussetzung für das Eingreifen von § 306 Abs. 1 BGB sei, dass keine *essentialia negotii* unwirksam sind.

<sup>37</sup> Staudinger-Schlosser (Fn. 2), § 306 Rdnr. 2, 11.

<sup>38</sup> Vgl. näher unten V.

hen gibt. Er kann aus dem Begriff „Nachrangdarlehen“ jedenfalls schließen, dass seine Ansprüche aus dem Darlehensvertrag – sofern das Vermögen der Darlehensnehmerin nicht für alle Gläubiger reicht – erst befriedigt werden, wenn die dem Nachrangdarlehen vorgehenden Darlehensansprüche vollständig befriedigt worden sind. Auf den Insolvenzfall bezogen bedeutet das, dass ein Nachrangdarlehensgläubiger auch ohne konkretisierende Vereinbarung erst dann mit einer Ausschüttung rechnen kann, wenn nicht nachrangige Darlehen zu 100% zurückgezahlt worden sind. Da diese Voraussetzung aber nur erfüllt ist, wenn alle einfachen Insolvenzgläubiger vollständig befriedigt worden sind, ist für den Nachrangdarlehensgeber vertraglich ein Rang hinter § 38 InsO und vor § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO, also in einem fiktiven Rang „§ 39 Abs. 1 Nr. 0 InsO“ vereinbart.

Dieses Ergebnis ist interessengerecht. Die Anleger, die ausdrücklich ein „Nachrangdarlehen“ gewährt haben, können zwar nicht erwarten, mit ihren Rückzahlungsansprüchen auf einer Stufe mit den einfachen Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO) am Schuldnervermögen zu partizipieren. Auf der anderen Seite werden sie aber auf den „schonendsten“ Nachrang unter den möglichen Nachrangvarianten (vor § 39 Abs. 1 Nr. 1/§ 39 Abs. 2/nach § 39 Abs. 2 InsO) verwiesen. Die durch die Nachrangabrede letztlich geschützten einfachen Insolvenzgläubiger werden davor bewahrt, die Quote mit den Nachrangdarlehensgläubigern teilen zu müssen. Die FuBus muss zwar hinnehmen, dass die Nachrangdarlehen bei dem hier ermittelten Rang nicht als Eigenkapital eingestuft werden können. Unbeschadet der Frage, ob die FuBus (der es in der Insolvenz im Grunde gleich sein kann, in welcher Rangfolge ihr Vermögen an die verschiedenen Gläubigergruppen verteilt wird) überhaupt noch schutzwürdige Interessen hat, ist das aber jedenfalls deshalb hinzunehmen, weil es die FuBus in der Hand hatte, dem durch eine wirksame Nachrangkonkretisierung zu begegnen.

Abschließend sei noch ergänzt: Da der hier ermittelte Rang („§ 39 Abs. 1 Nr. 0 InsO“) der Sache nach auch in § 10 S. 5 DB steht, besteht Anlass zu dem Hinweis, dass es sich hier nicht um eine geltungserhaltende Reduktion „durch die Hintertür“ handelt. Diese wurde vorstehend (unter III.2.c.) abgelehnt und daran wird auch festgehalten. Die Rangbestimmung erfolgt hier nicht durch eine teilweise Aufrechterhaltung von § 10 DB, sondern ohne jeden Rückgriff auf diese Klausel durch Auslegung des von den Parteien für die Typisierung ihres Vertrages gewählten Begriffs „Nachrangdarlehen“.

## VI. Ergebnis

§ 10 DB hält der AGB-Kontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB nicht stand, weil die Regelung wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Aus der von den Parteien gewählten Typisierung des Vertrages als „Nachrangdarlehen“ ergibt sich aber im Wege der Vertragsauslegung auch ohne § 10 DB, dass die Ansprüche der Darlehensgeber in dem Sinne nachrangig sind, dass sie erst nach den einfachen Insolvenzgläubigern (also in einem fiktiven Rang „§ 39 Abs. 1 Nr. 0 InsO“) bedient werden.

Hamburg, den 30. April 2014



(Prof. Dr. R. Bork)