

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

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

## **Gutachten**

zur Frage der Wirksamkeit einer Nachrangvereinbarung für Genussrechte

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>
<b>I. ANWENDBARKEIT DES AGB-RECHTS</b> .....	<b>4</b>
1. <i>AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB</i> .....	<b>4</b>
a) Vertragsbedingungen.....	4
b) Vorformuliert.....	6
c) Vom Verwender gestellt.....	6
aa) Gestellt.....	6
bb) vom Verwender.....	7
cc) Ergebnis zu c.....	8
d) Ergebnis zu 1.....	8
2. <i>Ausnahmen vom Anwendungsbereich gemäß § 310 BGB</i> .....	<b>8</b>
a) § 310 Abs. 1 BGB.....	8
b) § 310 Abs. 4 BGB.....	8
aa) Genussrechte als stille Gesellschaft.....	9
bb) Schuldrechtlicher Charakter der Genussrechte.....	9
cc) Stellungnahme.....	10
c) § 310 Abs. 4 analog.....	10
d) Ergebnis zu 2.....	11
3. <i>Ergebnis zu I</i> .....	<b>11</b>
<b>II. EINBEZIEHUNG, §§ 305 ABS. 2, 305 C BGB</b> .....	<b>11</b>
1. <i>§ 305 Abs. 2 BGB</i> .....	<b>12</b>
a) Folgerwerb verbrieftter Genussrechte.....	12
b) Ersterwerb verbrieftter Genussrecht.....	12
c) Nicht verbrieftte Genussrechte.....	13
aa) § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	13
bb) § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB.....	14
d) Ergebnis zu 1.....	15
2. <i>§ 305c Abs. 1 BGB</i> .....	<b>15</b>
3. <i>Ergebnis zu II</i> .....	<b>16</b>
<b>III. INHALTSKONTROLLE</b> .....	<b>16</b>
1. <i>Der Inhaltskontrolle entzogene Hauptleistungsabreden</i> .....	<b>16</b>
2. <i>Transparenzgebot</i> .....	<b>17</b>
a) Anwendbarkeit von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auf verbrieftte Genussrechte.....	17
b) Verstoß gegen das Transparenzgebot.....	18
aa) Anwendung auf § 8 GRB.....	19
(1) § 8 Abs. 1 GRB.....	19
(2) § 8 Abs. 2 GRB.....	20
(3) § 8 Abs. 3 GRB.....	21

### III

(4) Gesamtwürdigung .....	22
bb) Erfordernis einer unangemessenen Benachteiligung? .....	23
cc) Ergebnis zu b.....	24
c) Auswirkungen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot auf § 8 GRB .....	24
d) Ergänzende Vertragsauslegung.....	25
e) Ergebnis zu 2. ....	25
3. <i>Ergebnis zu III</i> .....	25
IV. KONSEQUENZEN FÜR DEN VERTRAG UND DIE GENUSSRECHTSBEDINGUNGEN IM ÜBRIGEN.....	25
V. ERGEBNIS .....	26

## 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 Mindestlaufzeiten der vorliegend allein relevanten Genussrechte lagen zwischen fünf und zwanzig Jahren. Der von der Schuldnerin zugesagte Basiszinssatz betrug ausweislich der vorliegenden Emissionsprospekte zwischen 5% und 7%. Durch diese Basisverzinsung durfte sich kein Jahresfehlbetrag ergeben. Im Prospekt der Schuldnerin heißt es dazu wörtlich:

*„... reicht der Jahresüberschuss zur Zahlung nicht oder nicht vollständig aus oder muss er zur Auffüllung des Genussrechtskapitals bzw. zur vorgeschriebenen satzungsmäßigen oder gesetzlichen Rücklagenauffüllung verwendet werden, so reduziert sich der auf die jeweiligen Genussrechte entfallende Ausschüttungsbetrag entsprechend.“*

Zusätzlich zur Basisverzinsung wurde den Genussrechtsgläubigern ein sog. „Übergewinnzins“ zugesagt, dessen Maximalbetrag bis zu weiteren 7% betrug. Hierzu wurden dem gezeichneten Genussrechtskapital prozentual im Verhältnis zu dem gewinnbezugsberechtigten Eigenkapital der Gesellschaft 50% des sich ergebenden handelsrechtlichen Überschusses zugewiesen. Alle Genussrechtsbedingungen sahen in ihrem jeweiligen § 8 ausdrücklich eine Nachrangigkeit der Forderungen aus den Genussrechten vor. Hierzu heißt es sowohl im Emissionsprospekt für Genussscheine vom 11. April 2002 als auch in den Emissionsprospekten für die unverbrieften Genussrechte ab 2006 wörtlich:

„§ 8 Nachrangigkeit

- (1) Die Forderung 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 oder ihres persönlich haftenden Gesellschafters oder einer Liquidation 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.“

In sämtlichen Anträgen auf Zeichnung von Genussrechtskapital bestätigte der Anleger ausdrücklich, den aktuellen Emissionsprospekt inklusive Genussrechtsbedingungen vor der Antragsunterzeichnung erhalten zu haben. Die Richtigkeit dieser Bestätigung soll im Folgenden unterstellt werden.

Die Verbindlichkeiten gegenüber Genussrechtszeichnern belaufen sich im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf rd. € 49,3 Mio. (Nominalwerte ohne Zinsansprüche), davon Genussscheine rd. € 7,0 Mio.

## **Auftrag**

Es soll in einem Rechtsgutachten zu der Frage Stellung genommen werden, ob die in § 8 der Genussrechtsbedingungen der Schuldnerin festgeschriebene Nachrangklausel wirksam vereinbart worden ist und damit die aus den Genussrechten resultierenden Ansprüche der Genussrechtsgläubiger denjenigen der übrigen Gläubiger gemäß § 38 InsO nach § 39 InsO nachgehen.

## Stellungnahme

Die Ansprüche der Genussrechtsinhaber sind in der Insolvenz der FuBus nachrangig i. S. v. § 39 InsO, wenn die Nachrangklausel in § 8 der Genussrechtsbedingungen (im Folgenden kurz: GRB) wirksam ist. Nachrangklauseln sind bei Genussrechten üblich und werfen keine grundsätzlichen Wirksamkeitszweifel auf. Bedenken ergeben sich allein daraus, dass es sich bei den Genussrechtsbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln könnte. Ich prüfe daher im Folgenden zunächst die Anwendbarkeit des AGB-Rechts (I.), dann die Einbeziehung (II.) und die Wirksamkeit von § 8 GRB (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 § 8 GRB bestimmt sich nach §§ 305 ff. BGB, wenn es sich bei den Genussrechtsbedingungen 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 Genussrechtsbedingungen 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 Genussrechtsbedingungen um „Vertragsbedingungen“ i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handeln. Ob Genussrechtsbedingungen *verbrieft*er Genussrechte „Vertragsbedingungen“ i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen, wird unterschiedlich beurteilt. Da die Genussrechte der FuBus ab 2006 nicht verbrieft sind, ergeben sich in-

soweit keine Zweifel daran, dass es sich um Vertragsbedingungen handelt. Vor 2006 waren die Genussrechte hingegen verbrieft, so dass es auf den Meinungsstreit ankommt.

Während die ganz h. M. auch bei verbrieften Genussrechten davon ausgeht, dass die Genussrechtsbedingungen Vertragsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind,<sup>1</sup> wird dies von anderen abgelehnt.<sup>2</sup> Begründet wird diese Auffassung damit, dass der der Begebung von Wertpapieren zugrundeliegende Vertrag nicht den Inhalt des verbrieften Rechts bestimme; dieser ergebe sich vielmehr aus der Skriptur.<sup>3</sup> Außerdem gewährten die Regelungen des Kapitalmarktrechts einen dem AGB-Recht entsprechenden Schutz.<sup>4</sup> Dem ist aber nicht zuzustimmen. Insbesondere führen Beraterhaftung und Prospekthaftung nur zu Schadensersatzansprüchen, während die AGB-Kontrolle den Schutz der Anleger bei fortbestehenden Primäransprüchen gewährleistet. Es entspricht zudem ganz herrschender Meinung, dass das AGB-Recht nicht nur dann anzuwenden ist, wenn Klauseln Bestandteil eines zweiseitigen Vertrages sind, sondern nach seinem Schutzzweck auch dann, wenn Klauseln für eine Vielzahl von vertraglichen Verhältnissen vorformuliert sind, auch wenn sie nicht Vertragsbedingungen im engeren Sinne darstellen.<sup>5</sup> Im Übrigen müsste man das AGB-Recht, selbst wenn man das Vorliegen von Vertragsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB verneinte, insoweit analog anwenden, als die Besonderheiten des Wertpapierrechts dem nicht entgegenstehen.<sup>6</sup> Im Ergebnis ist

---

<sup>1</sup> Vgl. (teilweise noch zum AGBG) *BGHZ* 197, 284 Rdnr. 32; 119, 305, 312; *OLG Düsseldorf ZIP* 1991, 1075, 1079; *OLG Frankfurt AG* 2012, 596, 597; *OLG Köln*, Urt. vom 25. September 2012 – I-15 U 101/10, 15 U 101/10 –, juris Rdnr. 80; *OLG München ZIP* 2012, 576, 578; *LG München ZIP* 2011, 1758, 1759; MünchKomm.BGB-*Habersack*, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 793 Rdnr. 44; Schimansky/Bunte/Lwowski-*Bunte*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 5 Rdnr. 4 (weiter AGB-Begriff) und § 112 Rdnr. 115 f. (für Anleihen); *Sethe*, WM 2012, 577, 578 f.; *Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 305 Rdnr. 70 ff.; *Ulmer/Habersack/Winter-Müller*, GmbHG, Bd. 2, 2006, Anh. § 29 Rdnr. 33; vgl. auch *Gottschalk*, ZIP 2006, 1121, 1122 f.; für Anleihebedingungen *BGHZ* 163, 311, 314.

<sup>2</sup> Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (= MünchKomm.AktG)-*Habersack*, 3. Aufl. 2011, § 221 Rdnr. 255; zu Anleihebedingungen *Assmann*, WM 2005, 1053, 1057 f.

<sup>3</sup> MünchKomm.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 255 unter Berufung auf *Baumbach/Hefermehl/Casper*, Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten Zahlungen, 23. Aufl. 2008, WPR Rdnr. 33; *Zöllner*, Wertpapierrecht, 14. Aufl. 1987, § 6 V 4, S. 39; zu Anleihebedingungen *Assmann*, WM 2005, 1053, 1057 f.

<sup>4</sup> So *Assmann*, WM 2005, 1053, 1062. Hierzu und zum Folgenden *Sethe*, WM 2012, 577, 579.

<sup>5</sup> *BGHZ* 183, 220 Rdnr. 12; Münchener Kommentar zum BGB (= MünchKomm.BGB)-*Basedow*, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 305 Rdnr. 9; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 305 Rdnr. 3; Schimansky/Bunte/Lwowski-*Bunte* (Fn. 1), § 5 Rdnr. 4, § 112 Rdnr. 115 f.

<sup>6</sup> Vgl. *Sethe*, WM 2012, 577, 579; differenzierend MünchKomm.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 255 ff.; ferner *BGHZ* 163, 311-321: direkte Anwendung auf Anleihebedingungen, aber funktionale Reduktion von § 2 Abs. 1 AGBG (§ 305 Abs. 2 BGB); *Gottschalk*, ZIP 2006, 1121, 1123; MünchKomm.BGB-*Basedow* (Fn. 5), § 305 Rdnr. 9: obwohl mit dem Begriff der Vertragsbedingung nur zweiseitige Rechtsgeschäfte erfasst werden, sei mit Rücksicht auf den Schutzzweck eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. geboten; Schimansky/Bunte/Lwowski-*Bunte* (Fn. 1), § 5 Rdnr. 4,



daher das AGB-Recht selbst dann anwendbar, wenn man für die Genussrechte das Vorliegen von Vertragsbedingungen (i.e.S.) verneint.

### **b) Vorformuliert**

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

### **c) Vom Verwender gestellt**

Außerdem müssten die Genussrechtsbedingungen gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB von der FuBus als Vertragspartnerin der Anleger gestellt worden sein. Dabei ist zu beachten, dass die Genussrechte von der Infinus AG vermittelt wurden.

#### **aa) Gestellt**

Für die mittelbare Platzierung von Wertpapieren durch Emissionsbanken wird teilweise die Ansicht vertreten, dass die Emissionsbedingungen nicht vom Emittenten „gestellt“ seien, wenn sie zwischen dem Emittenten und der Emissionsbank im Einzelnen ausgehandelt worden sind.<sup>7</sup> Ein Aushandeln zwischen dem Emittenten und der Emissionsbank habe zur Folge, dass sowohl im Verhältnis des Emittenten zu den Emissionsbanken als auch zwischen den Emissionsbanken und den Anlegern allenfalls eine analoge Anwendung der §§ 305 ff. BGB in Betracht komme. Die h. M. geht demgegenüber unabhängig davon, ob die Genussrechtsbedingungen zwischen Emittent und Emissionsbank ausgehandelt wurden, davon aus, dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB handelt.<sup>8</sup>

Auf diesen Streit kommt es hier jedoch nicht an. Die Genussrechte wurden zwar nicht von der FuBus selbst, sondern von der Infinus AG platziert. Diese ist aber eine Tochtergesellschaft der FuBus. Aufgrund der personellen Verflechtung dieser Gesellschaften ist

---

§ 112 Rdnr. 115 f.

<sup>7</sup> MünchKomm.AktG-*Habersack*, (Fn. 2), § 221 Rdnr. 255 (auch zum Folgenden); *Assmann* WM 2005, 1053, 1057.

<sup>8</sup> *BGHZ* 197, 284 Rdnr. 32; 163, 311, 315 ff.; *OLG Düsseldorf* ZIP 1991, 1070, 1075; *Sethe*, WM 2012, 577, 578 f.; *Schimansky/Bunte/Lwowski-Bunte* (Fn. 1), § 5 Rdnr. 4, § 112 Rdnr. 115 f.; *Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack* (Fn. 1), § 305 Rdnr. 71 ff.

bereits die Möglichkeit eines (die Anwendung des AGB-Rechts im Verhältnis zu den Anlegern ausschließenden) „Aushandelns“ der Genussrechtsbedingungen abzulehnen. Weiterhin hat die Infinus AG – anders als bei der mittelbaren Platzierung durch Emissionsbanken<sup>9</sup> – die Genussrechte nicht zunächst erworben und sodann an die Anleger weiterveräußert. Vertragspartner der Genussrechtsinhaber ist vielmehr die FuBus, nicht die Infinus AG.

#### **bb)vom Verwender**

Fraglich erscheint, ob der Vertrieb der Genussrechte durch die Infinus AG zur Folge hat, dass die Genussrechtsbedingungen nicht vom Verwender gestellt sind. Gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB müssten die Genussrechtsbedingungen von der Vertragspartei als Verwender, also der FuBus gestellt worden sein. Werden Bedingungen von einem Dritten vorgeschlagen, sind die AGB-Voraussetzungen nicht erfüllt;<sup>10</sup> bei Verbraucherverträgen greift jedoch in der Regel § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB.<sup>11</sup> Anders ist es hingegen, wenn der Dritte – beispielsweise ein Makler – im Auftrag einer Vertragspartei ein Formular entwickelt hat.<sup>12</sup>

Im Hinblick auf die personellen Verflechtungen erscheint bereits fraglich, ob die Infinus AG als „Dritter“ anzusehen ist. Jedenfalls greift bei Verträgen mit Verbrauchern § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, nach dem für eine Vielzahl von Verwendungen vorformulierte Vertragsbedingungen<sup>13</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.

---

<sup>9</sup> Vgl. Assmann, WM 2005, 1053, 1056.

<sup>10</sup> Palandt-Grüneberg (Fn. 5), § 305 Rdnr. 12.

<sup>11</sup> BGHZ 176, 140 Rdnr. 20; 141, 108, 112 f.; MünchKomm.BGB-Basedow (Fn. 5), § 310 Rdnr. 62; Palandt-Grüneberg (Fn. 5), § 305 Rdnr. 12, § 310 Rdnr. 12; Staudinger-Schlosser, BGB, Neubearbeitung 2013, § 310 Rdnr. 55.

<sup>12</sup> BGHZ 118, 229, 239; BGH NJW-RR 2013, 1028 Rdnr. 17; NJW 1985, 2477; Palandt-Grüneberg (Fn. 5), § 305 Rdnr. 12.

<sup>13</sup> BGHZ 176, 140 Rdnr. 13.

**cc) Ergebnis zu c.**

Die Genussrechtsbedingungen wurden von der FuBus als Vertragspartnerin der Anleger gestellt.

**d) Ergebnis zu 1.**

Damit kann festgehalten werden, dass es sich bei den Genussrechtsbedingungen 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.

**a) § 310 Abs. 1 BGB**

Wurden Genussrechte von Personen erworben, 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 in der Regel nicht ausgehen können, so dass ich diesem Aspekt nicht weiter nachgehe.

**b) § 310 Abs. 4 BGB**

Gemäß § 310 Abs. 4 BGB finden §§ 305 ff. BGB keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Für Genussrechte mit Verlustbeteiligung ist umstritten, ob sie betreffende Vereinbarungen Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts i. S. v. § 310 Abs. 4 BGB sind.

### aa) Genussrechte als stille Gesellschaft

Teilweise werden Genussrechte mit Verlustbeteiligung als stille Gesellschaft qualifiziert.<sup>14</sup> Die stille Gesellschaft sei die vom Gesetz vorgesehene Organisationsform für die schuldrechtlich vermittelte Beteiligung an einem unternehmerischen Risiko; bei Teilnahme an Gewinn und Verlust lägen alle notwendigen Tatbestandsmerkmale einer stillen Gesellschaft vor. Die Verlustteilnahme sei im Allgemeinen ein zwingendes Indiz für das Vorliegen einer stillen Gesellschaft.<sup>15</sup> Dagegen lasse sich nicht einwenden, dass dem Genussrechtsinhaber von Gesetzes wegen keine Mitsprache- und Kontrollrechte zustünden. Vielmehr ergebe sich das Kontrollrecht des Genussrechtsinhabers aus § 233 HGB, sofern dessen Stellung als stiller Gesellschafter anerkannt werde. Die stille Gesellschaft sei aber nach h. M. der Inhaltskontrolle entzogen.<sup>16</sup>

Gemäß § 4 GRB nimmt das Genussrechtskapital bis zur vollen Höhe am Verlust teil. Die Genussrechtsbedingungen sind nach dieser Ansicht mithin von der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB erfasst und §§ 305 ff. BGB daher nicht anwendbar.

### bb) Schuldrechtlicher Charakter der Genussrechte

Die h. M. betont demgegenüber, dass Genussrechte keine gesellschaftsrechtlich geprägten Mitgliedschaftsrechte, sondern nur schuldrechtliche Gläubigerrechte und daher der AGB-Kontrolle nicht entzogen sind.<sup>17</sup> Die Qualifizierung als stille Gesellschaft wird abgelehnt.

---

<sup>14</sup> MünchKomm.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 88, 255, Fn. 679; vgl. auch *Schön*, ZGR 1993, 210, 234 f.: Genussrecht und stille Gesellschaft als „einander überschneidende Kreise“; *ders.*, JZ 1993, 925, 928 ff.

<sup>15</sup> MünchKomm.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 331 Rdnr. 89.

<sup>16</sup> So in der Tat *BGHZ* 127, 176, 183 ff.; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 310 Rdnr. 49; Staudinger-*Schlosser* (Fn. 11), § 310 Rdnr. 76; a. A. Ulmer/Brandner/Hensen-*Ulmer/Schäfer* (Fn. 1), § 310 Rdnr. 128; differenzierend MünchKomm.BGB-*Basedow* (Fn. 5), § 310 Rdnr. 86.

<sup>17</sup> *BGHZ* 119, 305, 312; *OLG Düsseldorf* ZIP 1991, 1070, 1075; Erman-*Roloff*, BGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 310 Rdnr. 30; *Hirte*, ZIP 1991, 1461, 1464; MünchKomm.BGB-*Basedow* (Fn. 5), § 310 Rdnr. 89; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 310 Rdnr. 49; *Sethe*, WM 2012, 577, 578; Staudinger-*Schlosser* (Fn. 11), § 310 Rdnr. 77; Ulmer/Brandner/Hensen-*Ulmer/Schäfer* (Fn. 1), § 310 Rdnr. 122.

### cc) Stellungnahme

Im Hinblick darauf, dass Genussrechtsverträge und Genussrechtsbedingungen mittlerweile eine eigene Gestalt erhalten haben und das Genussrecht auf Gewinnbeteiligung, nicht auf die Begründung von Gesellschafterrechten gerichtet ist, ist die Qualifikation als stille Gesellschaft abzulehnen.<sup>18</sup> Zwar sind mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten keine Voraussetzung für eine stille Gesellschaft i. S. v. § 230 HGB. Es ist aber möglich, für den stillen Gesellschafter mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten zu vereinbaren.<sup>19</sup> Dagegen haben Genussrechtsverträge ein Rechtsverhältnis zur Folge, das schon in seiner Anlage nicht darauf gerichtet ist, mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten zu begründen.<sup>20</sup>

Im Übrigen ist zu beachten, dass der *Bundesgerichtshof* neuerdings offen gelassen hat, ob die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB auch auf Publikumsgesellschaften anzuwenden ist.<sup>21</sup> Lehnt man die Anwendbarkeit von §§ 305 ff. BGB mit der früheren Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* ab, unterliegen Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften jedenfalls über § 242 BGB einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen.<sup>22</sup>

### c) § 310 Abs. 4 analog

In der Literatur wird weiterhin für eine analoge Anwendung von § 310 Abs. 4 BGB im Anwendungsbereich des Schuldverschreibungsgesetzes (SchVG) plädiert.<sup>23</sup> Dies wird mit dem neuen SchVG 2009 begründet, das ein fungibles Wertpapier geschaffen habe, was mit der Anwendung des AGB-Rechts unvereinbar sei.<sup>24</sup> Nach heute – soweit ersichtlich – einhelliger Ansicht ist das SchVG auf Genussrechte, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 SchVG erfüllen, anwendbar.<sup>25</sup> Da das SchVG lediglich für verbrieft

---

<sup>18</sup> Münchener Kommentar zum HGB (= MünchKomm.HGB)-K. Schmidt, Bd. 3, 3. Aufl. 2012, § 230 Rdnr. 53 (auch zum Folgenden).

<sup>19</sup> MünchKomm.HGB-K. Schmidt (Fn. 18), § 230 Rdnr. 18, 84.

<sup>20</sup> Vgl. BGHZ 119, 305, 312.

<sup>21</sup> BGH ZIP 2012, 1231 Rdnr. 45.

<sup>22</sup> BGHZ 64, 238, 241 ff.; BGH ZIP 2012, 1231 Rdnr. 44 f.; 2009, 1008 Rdnr. 6; 2006, 849 Rdnr. 9; 2001, 243, 244; Palandt-Grüneberg (Fn. 5), § 310 Rdnr. 49; krit. MünchKomm.HGB-Grünwald (Fn. 18), § 161 Rdnr. 124 f.

<sup>23</sup> Sester, AcP 209 (2009), 629, 638 ff.; a. A. Horn, BKR 2009, 446, 452 f.; MünchKomm.AktG-Habersack (Fn. 2), § 221 Rdnr. 255; MünchKomm.BGB-Habersack (Fn. 1), § 793 Rdnr. 44.

<sup>24</sup> Sester, AcP 209 (2009), 629, 639 ff.

<sup>25</sup> Langenbucher/Bliesener/Spindler-Bliesener/Schneider, Bankrechts-Kommentar, 1. Aufl. 2013, Kap.

Rechte gilt,<sup>26</sup> kann es im vorliegenden Fall von vornherein nur auf die bis 2006 ausgegebenen Genussrechte angewandt werden. Gemäß § 24 Abs. 1 SchVG ist das SchVG indes nicht anzuwenden auf Schuldverschreibungen, die vor dem 5. August 2009 ausgegeben wurden. Auf diese ist weiterhin das SchVG von 1899 anzuwenden. Das SchVG 2009 ist folglich auf die bis 2006 ausgegebenen Genussrechte nicht anwendbar. Es bedarf daher keiner Entscheidung darüber, ob der Ansicht zu folgen ist, die § 310 Abs. 4 BGB auf Schuldverschreibungen, die dem Anwendungsbereich des SchVG 2009 unterfallen, analog anwenden möchte.

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

Wurden Genussrechte von Personen, die Unternehmer i. S. v. § 14 BGB sind, (wider Erwarten) im Rahmen ihrer gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit erworben, sind für die betreffenden Verträge gemäß § 310 Abs. 1 BGB die §§ 305 Abs. 2 und 3, 308, 309 BGB nicht anzuwenden. Im Übrigen stellen aber die Genussrechtsverträge keine Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts dar, so dass § 310 Abs. 4 BGB nicht eingreift.

### **3. Ergebnis zu I.**

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

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

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

---

17, § 1 Rdnr. 57 f.; *Lorenz/Pospieck*, DB 2009, 2419, 2420 ff.; *MünchKomm.AktG-Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 252; zum SchVG 1899 schon *Hirte*, ZIP 1991, 1461, 1467 f.; für nicht verbrieftene Genussrechte wohl auch *Mock*, NZI 2014, 102, 105 i. V. m. Fn. 2; a. A. zum restriktiveren SchVG 1899 *OLG Frankfurt* ZIP 2006, 1388 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Berliner Kommentar zum Insolvenzrecht (= BerlKomm.)-Paul*, Stand Dezember 2013, § 2 SchVG Rdnr. 2; *Horn*, BKR 2009, 446, 447; *Langenbacher/Bliesener/Spindler-Bliesener/Schneider* (Fn. 25), Kap. 17, § 1 Rdnr. 12 ff.; dies übersieht *Thole*, ZIP 2014, 293 Fn. 3.

## 1. § 305 Abs. 2 BGB

Fraglich ist, inwieweit die Einbeziehung an § 305 Abs. 2 BGB zu messen ist.

### a) Folgerwerb verbriefter Genussrechte

Soweit ersichtlich, ist unbestritten, dass sich die Frage der Einbeziehung von Genussrechtsbedingungen bei verbrieften Genussrechten lediglich gegenüber dem Ersterwerber stellt. Wurden die Bedingungen beim Erstwerber wirksam einbezogen, so sind sie Bestandteil des Wertpapiers und gelangen daher gegenüber Folgerwerbern zur Anwendung, ohne dass es eines Einverständnisses des jeweiligen Erwerbers bedürfte.<sup>27</sup> Gegenüber etwaigen Folgerwerbern der verbrieften Genussrechte sind die Genussrechtsbedingungen folglich Vertragsbestandteil, sofern diese Regelung beim Ersterwerb wirksam einbezogen wurde.

### b) Ersterwerb verbrieftes Genussrecht

Nach ganz herrschender Meinung<sup>28</sup> ist beim Ersterwerb verbrieftes Genussrechte die Einbeziehung von Genussrechtsbedingungen nicht an § 305 Abs. 2 BGB, sondern nur an §§ 145 ff. BGB zu messen, weil die Anwendung von § 305 Abs. 2 BGB die Funktionsfähigkeit des Wertpapierhandels beeinträchtigen würde.<sup>29</sup> Der Emittent müsste sonst den Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB durch Aushändigung der Bedingungen an jeden einzelnen Anleger genügen und für Folgerwerber wäre nicht erkennbar, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil geworden sind. Durch § 305

---

<sup>27</sup> MünchKomm.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 256; MünchKomm.BGB-*Habersack* (Fn. 1), § 793 Rdnr. 45; Ulmer/*Habersack/Winter-Müller* (Fn. 1), Anh. § 29 Rdnr. 33; vgl. für Anleihebedingungen Begr. RegE, BT-Drucks. 7/3919 S. 18; *OLG Frankfurt ZIP* 1994, 26, 27.

<sup>28</sup> *BGHZ* 163, 311, 315 ff. (Anleihebedingungen); *BGH ZIP* 2009, 1558 Rdnr. 23 (Optionsscheine); *OLG München ZIP* 2012, 576, 577; *LG Frankfurt WM* 2005, 1078, 1079; *Gottschalk, ZIP* 2006, 1121, 1126; MünchKomm.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 256; MünchKomm.BGB-*Habersack* (Fn. 1), § 793 Rdnr. 45; *Schimansky/Bunte/Lwowski-Grundmann* (Fn. 1), § 112 Rdnr. 115; *Sethe, WM* 2012, 577, 579; *Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack* (Fn. 1), § 305 Rdnr. 114a; a. A. nur *OLG Frankfurt WM* 2005, 1080, 1082.

<sup>29</sup> Jeweils auch zum Folgenden *BGHZ* 163, 311, 315 ff.; MünchKomm.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 256; MünchKomm.BGB-*Habersack* (Fn. 1), § 793 Rdnr. 45; *Sethe, WM* 2012, 577, 579; *Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack* (Fn. 1), § 305 Rdnr. 114a.

Abs. 2 BGB sollte die Funktionsfähigkeit des Wertpapierhandels aber gerade nicht in Frage gestellt werden.<sup>30</sup>

Auch für den Ersterwerb von verbrieften Genussrechten der FuBus müssen für die Einbeziehung der Genussrechtsbedingungen mithin die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB nicht erfüllt sein. Vielmehr richtet sich die Einbeziehung nach § 145 BGB. Es bedarf also eines Angebots und einer Annahme. Da die mir vorliegenden Zeichnungsscheine jeweils auf die Genussrechtsbedingungen verweisen, sind diese Bestandteile des Angebots und der Annahme geworden.

### c) Nicht verbrieft Genussrechte

Dagegen ist § 305 Abs. 2 BGB für die Einbeziehung von Genussrechtsbedingungen nicht verbrieft Genussrechte anwendbar.<sup>31</sup> Ab 2006 wurden daher die Genussrechtsbedingungen der FuBus nur dann Vertragsbestandteil, wenn die Voraussetzungen einer wirksamen Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB jeweils erfüllt sind.

#### aa) § 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>32</sup> Er muss zusammen mit den Erklärungen, die zum Vertragsabschluss geführt haben, erteilt werden.<sup>33</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>34</sup> Ein schlüssiges Verhalten kann lediglich dann ausreichen, wenn

---

<sup>30</sup> Vgl. zum AGBG Begr. RegE, BT-Drucks. 7/3919 S. 13, 18; ferner *BGHZ* 163, 311, 315; Münch-Komm.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 256.

<sup>31</sup> Vgl. *OLG Hamm*, Urt. vom 19.10.2010, 7 U 21/10, I-7 U 21/10, juris; Ulmer/Habersack/Winter-Müller (Fn. 1), Anh. § 29 Rdnr. 33: Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über Anleihebedingungen von Inhaberschuldverschreibungen könnten entsprechend auch für Genussrechtsbedingungen zum Zuge kommen; davon abgesehen würden Genussrechtsbedingungen, die AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB darstellen, nur Bestandteil des Genussrechtsvertrags, wenn die Einbeziehungsvoraussetzungen erfüllt sind.

<sup>32</sup> *BGHZ* 86, 135, 137; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 305 Rdnr. 27.

<sup>33</sup> Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 305 Rdnr. 28.

<sup>34</sup> *BGH ZIP* 1986, 1126, 1129; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 305 Rdnr. 28; Staudinger-*Schlosser* (Fn. 11), § 305 Rdnr. 110.



zwischen Verwender und Vertragspartner unstreitig ist, dass der Vertragspartner mit der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden ist.<sup>35</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>36</sup>

In den mir vorliegenden Zeichnungsscheinen findet sich jeweils in dem Textfeld oberhalb der Unterschriftszeile folgende Aussage:

„Die Gewährung von Genussrechten gegen Einzahlung von Genussrechtskapital in Höhe von insgesamt bis zu 100 Mio. Euro beruht auf dem Beschluss der Hauptversammlung vom 04.07.2006/18.05.2010 und erfolgt auf Grundlage der Genussrechtsbedingungen zu den o. g. Beteiligungskonditionen. (...)“.

Dieser Satz findet sich am Anfang eines längeren Textabschnitts und ist optisch nicht gesondert hervorgehoben. Andererseits findet er sich direkt über dem Unterschriftsfeld und weist deutlich auf die Genussrechtsbedingungen hin. Es ist daher davon auszugehen, dass der genannte Satz auch bei flüchtiger Betrachtung<sup>37</sup> gesehen wird. Das genügt den Anforderungen an einen ausdrücklichen Hinweis i. S. v. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

#### **bb) § 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>38</sup> Erfolgt der Vertragsschluss unter Abwesenden, wird § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB grundsätzlich nur durch das Übersenden der Allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt.<sup>39</sup> Bei einem Vertragsschluss auf der Grundlage eines Prospektes genügt der Verwender § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn die

---

<sup>35</sup> *BGH ZIP* 1986, 1126, 1127; *Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack* (Fn. 1), § 305 Rdnr. 124; a. A. aber unter Berufung auf die zitierte *BGH*-Entscheidung *Staudinger-Schlosser* (Fn. 11), § 305 Rdnr. 105.

<sup>36</sup> *Erman-Roloff* (Fn. 17), § 305 Rdnr. 27; *Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack* (Fn. 1), § 305 Rdnr. 129; a. A. *Staudinger-Schlosser* (Fn. 11), § 305 Rdnr. 105: Die kommentarlose Übersendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen reiche aus, wenn die Bedingungen eindeutig auf den abzuschließenden Vertrag zugeschnitten sind.

<sup>37</sup> Vgl. oben Fn. 34.

<sup>38</sup> *BGH NJW* 2010, 864 Rdnr. 38; *MünchKomm.BGB-Basedow* (Fn. 5), § 305 Rdnr. 66; *Palandt-Grüneberg* (Fn. 5), § 305 Rdnr. 31.

<sup>39</sup> *MünchKomm.BGB-Basedow* (Fn. 5), § 305 Rdnr. 66; *Palandt-Grüneberg* (Fn. 5), § 305 Rdnr. 33.

Allgemeinen Geschäftsbedingungen in diesem abgedruckt sind, sofern der Prospekt dem Vertragspartner zugegangen ist.<sup>40</sup> Nach den mir erteilten Informationen wurden die Genussrechtsbedingungen in allen Fällen dem gegengezeichneten Zeichnungsschein beigelegt. Außerdem befinden sie sich in den Verkaufsprospekten, die den Zeichnern ebenfalls ausgehändigt worden sind. Daher ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

#### **d) Ergebnis zu 1.**

Damit lässt sich festhalten, dass die Genussrechtsbedingungen 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. Daher ist zu prüfen, ob die hier im Mittelpunkt stehende Nachrangklausel ungewöhnlich ist.

Für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbrieft Genussrechte wird allerdings teilweise darauf hingewiesen, dass § 305c BGB allenfalls mit Modifizierungen angewendet werden könne, weil bei massenweiser Begebung über den Kapitalmarkt nicht – wie sonst bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen – darauf abgestellt werden könne, ob bei einer objektiv ungewöhnlichen Klausel der Verwendungsgegner subjektiv überrascht wird. Vielmehr komme es auf einen objektiven, generalisierenden Ansatz an.<sup>41</sup>

Letztlich ist das aber unerheblich. Denn die Vereinbarung eines Rangrücktritts war lange Zeit<sup>42</sup> in § 10 Abs. 5 Nr. 2 KWG und ist heute noch in § 53c Abs. 3a Nr. 2 VAG vorgesehen und ist für Genussrechte typisch<sup>43</sup>, so dass bereits keine objektiv ungewöhnliche Klausel vorliegt.

---

<sup>40</sup> Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack (Fn. 1), § 305 Rdnr. 147.

<sup>41</sup> MünchKomm.AktG-Habersack (Fn. 2), § 221 Rdnr. 257.

<sup>42</sup> Konkret für Genussrechte bis zum 30.12.2010, dann allgemeiner bis zum 31.12.2013.

<sup>43</sup> Vgl. Baumbach/Hueck-Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 29 Rdnr. 89; Hölter-Haberstock/Greitemann, AktG, 2. Aufl. 2014, § 221 Rdnr. 42; Mock, NZI 2014, 102, 103; Spindler/Stilz-Seiler, AktG, 2.

Die Einbeziehung von § 8 GRB scheitert somit nicht an § 305c Abs. 1 BGB.

### **3. Ergebnis zu II.**

Damit kann festgehalten werden: 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.

### **III. Inhaltskontrolle**

§ 8 GRB 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>44</sup>

Der *Bundesgerichtshof* hat für Genussrechte entschieden, dass mit der Vereinbarung einer Verlustbeteiligung der Hauptleistungsinhalt im Rahmen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit festgelegt werde.<sup>45</sup> Entsprechend wird auch mit der Vereinbarung eines Nachrangs der Hauptleistungsinhalt festgelegt.<sup>46</sup>

Die Nachrangvereinbarung in § 8 GRB ist mithin gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen.

---

Aufl. 2010, § 221 Rdnr. 36; *Weitmayer*, GWR 2012, 193.

<sup>44</sup> *BGHZ* 119, 305, 314 f.; *BGH ZIP* 1986, 984, 982; *MünchKomm.BGB-Habersack* (Fn. 1), § 793 Rdnr. 48; *Palandt-Grüneberg* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 41; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 14.

<sup>45</sup> *BGHZ* 119, 305, 315; vgl. auch *MünchKomm.BGB-Habersack* (Fn. 1), § 793 Rdnr. 48.

<sup>46</sup> *MünchKomm.BGB-Habersack* (Fn. 1), § 793 Rdnr. 48; *Spindler/Stilz-Seiler* (Fn. 43), § 221 Rdnr. 169.

## 2. 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) Anwendbarkeit von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auf verbrieft Genussrechte

Fraglich ist, ob für die verbrieften Genussrechte die Transparenz des § 8 GRB an § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu messen ist. Die Anwendbarkeit dieser Norm ist für Bedingungen von Rechten, die dem Anwendungsbereich des SchVG 2009 unterfallen, im Hinblick auf das spezialgesetzliche Transparenzgebot in § 3 SchVG umstritten.<sup>47</sup> Das neue SchVG ist zwar auf inhaltsgleiche Genussscheine, die als Gesamtemission ausgegeben werden (vgl. § 1 SchVG)<sup>48</sup>, anwendbar. Da die verbrieften FuBus-Genussrechte jedoch vor dem 5. August 2009 ausgegeben wurden, kommt das SchVG 2009 gemäß § 24 Abs. 1 SchVG nicht zur Anwendung.<sup>49</sup> Das spezialgesetzliche Transparenzgebot wurde erst mit dem neuen SchVG eingeführt.<sup>50</sup> Für die nicht dem Anwendungsbereich des SchVG 2009 unterfallenden Genussrechte kann § 307 Abs. 1 S. 2 BGB durch eine spezialgesetzliche Regelung folglich nicht verdrängt werden. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ist also auf sie anwendbar.

---

<sup>47</sup> Gegen die Anwendbarkeit wegen Verdrängung durch spezialgesetzliche Regelung *Horn*, BKR 2009, 446, 453; *Langenbucher/Bliesener/Spindler-Bliesener/Schneider* (Fn. 25), Kap. 17 § 3 Rdnr. 17; differenzierend *MünchKomm.BGB-Habersack* (Fn. 1), § 793 Rdnr. 44: Das SchVG lasse insoweit Raum für die Transparenz- und Inhaltskontrolle des AGB-Rechts, als der Emittent von der in §§ 5 ff. SchVG vorgesehenen Möglichkeit keinen Gebrauch mache.

<sup>48</sup> Nachweise bei Fn. 25.

<sup>49</sup> Vgl. schon oben I.2.c.

<sup>50</sup> *Langenbucher/Bliesener/Spindler-Bliesener/Schneider* (Fn. 25), Kap. 17 § 3 Rdnr. 1.

## b) Verstoß gegen das Transparenzgebot

Es könnte ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegen. Das Transparenzgebot beinhaltet insbesondere das Bestimmtheitsgebot und das Verbot irreführender Darstellung und Verschleierung der Rechtslage.<sup>51</sup>

Irreführende Darstellung und Verschleierung liegen vor, wenn eine Klausel objektiv zur Irreführung geeignet ist.<sup>52</sup> Das Bestimmtheitsgebot erfordert, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolge so deutlich beschrieben werden, dass dem Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume eingeräumt werden.<sup>53</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>54</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>55</sup>

Die Anforderungen dürfen jedoch nicht überspannt werden. Das Transparenzgebot fordert vom Verwender nicht, dass jede Klausel gleichsam mit einem Kommentar versehen wird.<sup>56</sup> Beurteilungsmaßstab ist nicht ein flüchtiger Betrachter, sondern ein aufmerksamer und sorgfältiger Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr.<sup>57</sup> Genussrechtsbedingungen müssen Rechte und Pflichten aus den Genussrechten daher so klar und deutlich darstel-

---

<sup>51</sup> Vgl. MünchKomm.BGB-*Wurmnest* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 57 ff.; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 23 ff.: jeweils zu den verschiedenen von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Fallgruppen.

<sup>52</sup> Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 27; Ulmer/Brandner/Hensen-*Fuchs* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 342.

<sup>53</sup> *BGH* NJW 2004, 1598, 1600 (auch zum Folgenden).

<sup>54</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. 5), § 307 Rdnr. 59; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 21; Ulmer/Brandner/Hensen-*Fuchs* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 338.

<sup>55</sup> *BGHZ* 195, 93 Rdnr. 76; 187, 360 Rdnr. 20; *BGH* NJW 2010, 3152 Rdnr. 29; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 21.

<sup>56</sup> *BGHZ* 112, 115, 119; *BGH* NJW 1998, 3114, 3116; ZIP 1993, 926, 929; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 22.

<sup>57</sup> Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 23; Ulmer/Brandner/Hensen-*Fuchs* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 344; vgl. für den Versicherungsnehmer *BGHZ* 162, 210, 214; 123, 83, 85.

len, dass ein durchschnittlicher, aufmerksamer und sorgfältiger Anleger sie verstehen kann.<sup>58</sup> 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>59</sup>

#### **aa) Anwendung auf § 8 GRB**

Eine Anwendung dieser Grundsätze auf § 8 GRB ergibt Folgendes:

##### *(1) § 8 Abs. 1 GRB*

Gemäß § 8 Abs. 1 GRB treten die Forderungen aus den Genussrechten 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>60</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>61</sup>

Befragt man § 8 Abs. 1 GRB auf seine genaue Rangaussage, so steht jedenfalls fest, dass die Genussrechtsinhaber mit ihren Forderungen nicht auf die Stufe der Gesellschafter der FuBus (in den Rang des § 199 S. 2 InsO) zurückgetreten sind. Dies ergibt sich

---

<sup>58</sup> MünchKomm.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 260; *Sethe*, WM 2012, 577, 580.

<sup>59</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.AktG-*Habersack* (Fn. 2), § 221 Rdnr. 258; MünchKomm.BGB-*Habersack* (Fn. 1), § 793 Rdnr. 47; *Sethe*, WM 2012, 577, 580 f.

<sup>60</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-*Basedow* (Fn.6), § 305c Rdnr. 22 ff.; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 6), § 305c Rdnr. 16.

<sup>61</sup> *BGHZ* 176, 244 Rdnr. 19; 102, 384, 389 f.; *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 1771.

aus der Formulierung „allen *anderen* Ansprüchen von Gläubigern“, die verdeutlicht, dass die Genussrechtsinhaber als Gläubiger und nicht als Gesellschafter berücksichtigt werden sollen.<sup>62</sup> Dies ist für typische Nachrangabreden in Genussrechtsbedingungen, die keine ausdrückliche Subordination in den Rang des § 199 S. 2 InsO vorsehen, anerkannt.<sup>63</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 Genussrechte Eigenkapitalfunktion haben, kommt auch ein Rücktritt in einen Rang hinter § 39 Abs. 2 InsO und vor § 199 S. 2 InsO in Betracht. Dafür spricht auch, dass die Genussrechtsinhaber gemäß § 8 Abs. 1 GRB gegenüber *allen* anderen Ansprüchen von Gläubigern der Gesellschaft zurücktreten. Das lässt 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.

(2) § 8 Abs. 2 GRB

Mit dieser Interpretation verträgt sich aber § 8 Abs. 2 GRB nicht. Nach dieser Bestimmung wird das Genussrechtskapital im Falle eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft oder ihres persönlich haftenden Gesellschafters oder einer Liquidation der Gesellschaft erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger zurückgezahlt. Hier wird nur der Vorrang der einfachen Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO anerkannt. Folgt man dem, rangieren die Genussrechtsinhaber 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 § 8 Abs. 1 GRB, so dass unklar ist, was denn nun gelten soll.

Zweifel ließen sich beseitigen, wenn die beiden Absätze unterschiedlichen Situationen zugeordnet werden könnten. Das ist aber nicht ersichtlich. Nachrangvereinbarungen

---

<sup>62</sup> Vgl. *Bork*, FS Röhricht, 2005, S. 47, 60.

<sup>63</sup> *Habersack/Mülbert/Schlitt-Berghaus/Bardelmeier*, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 3. Aufl. 2013, § 14 Rdnr. 16; *Hölters-Haberstock/Greitemann* (Fn. 43), § 221 Rdnr. 42; *Schmidt/Lutter-Merkt*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 221 Rdnr. 60; *Spindler/Stilz-Seiler* (Fn. 43), § 221 Rdnr. 36.

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 § 8 Abs. 1 GRB keinen anderen Anwendungsbereich als § 8 Abs. 2 GRB, 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 berichtet. 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 § 8 Abs. 1 GRB 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 § 8 Abs. 1 GRB gefundene Interpretation (Rang vor § 199 S. 2 InsO) oder es gilt die in § 8 Abs. 2 GRB niedergelegte (Rang vor § 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.

### *(3) § 8 Abs. 3 GRB*

Erschwerend kommt hinzu, dass die Genussrechte nach § 8 Abs. 3 GRB im Falle der Auflösung der Gesellschaft keinen Anspruch auf eine Teilnahme am Liquidationserlös haben. Auch diese Aussage ist nicht aus sich heraus verständlich. Aufgelöst wird die Gesellschaft sowohl im Insolvenz- als auch im Liquidationsfall (§§ 289 Abs. 1 AktG,



161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB). In beiden Fällen sollen aber die Genussrechtsinhaber am Liquidationserlös gemäß § 8 Abs. 2 GRB hinter den einfachen Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO), gemäß § 8 Abs. 1 GRB zumindest vor den Gesellschaftern partizipieren. Dazu passt in keiner Weise, dass ihnen die Teilnahme am Liquidationserlös durch § 8 Abs. 3 GRB vollständig abgeschnitten wird.

Zwar könnte man erwägen, diesen Absatz so zu verstehen, dass er die Teilnahme an einem nach Befriedigung aller Gläubiger verbleibenden Überschuss regeln will. Der Wortlaut lässt aber ohne Zwang auch die gegenteilige Auffassung zu. Da Zweifel bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders gehen und die Klausel (wie im Folgenden sogleich zu resümieren sein wird) bei kundenfeindlicher Auslegung unwirksam ist, ist diese zugrunde zu legen.<sup>64</sup>

#### *(4) Gesamtwürdigung*

Folgt man dem, kommt man 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.

---

<sup>64</sup> Vgl. zum Gebot der kundenfeindlichsten Auslegung, sofern diese zur Unwirksamkeit einer dem Kunden nachteiligen Klausel führt, nur *BGH NJW* 2009, 2051 Rdnr. 11 m. w. N.

### **bb) 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>65</sup> oder ob hinzukommen muss, dass gerade die Intransparenz auch zu einer unangemessenen Benachteiligung führt<sup>66</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>67</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.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, da für die Genussrechtsinhaber nicht hinreichend bestimmt erkennbar ist, welchen Rang genau ihre Ansprüche im Insolvenz- und Liquidationsfall haben. Die Intransparenz von § 8 GRB stellt gemessen hieran eine unangemessene Benachteiligung dar, denn der Vertragspartner wird 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 Streitendes nicht bedarf.

---

<sup>65</sup> *BGHZ* 136, 394, 401; *BGH ZIP* 2000, 16, 18; *Heinrichs*, *NJW* 1997, 1407, 1413; *Palandt-Grüneberg* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 24.

<sup>66</sup> *Jauernig-Stadler*, *BGB*, 15. Aufl. 2014, § 307 Rdnr. 7; *Staudinger-Coester* (Fn. 11), § 307 Rdnr. 174 ff.; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 330; vgl. auch *MünchKomm.BGB-Wormnest* (Fn. 5), § 307 Rdnr. 56. Offen gelassen von *BGH NJW-RR* 2011, 1144 Rdnr. 16.

<sup>67</sup> Jeweils auch zum Folgenden *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs* (Fn. 1), § 307 Rdnr. 331 ff.; *Staudinger-Coester* (Fn. 11), § 307 Rdnr. 174 ff.

**cc) Ergebnis zu b.**

Damit kann festgehalten werden, dass § 8 GRB gegen das Transparenzgebot verstößt.

**c) Auswirkungen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot auf § 8 GRB**

Zu prüfen ist ferner, ob die Intransparenz zur Folge hat, dass § 8 GRB 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>68</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>69</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>70</sup> Das wäre hier allenfalls der Fall, wenn man aus § 8 GRB die Absätze 1 und 3 streicht, denn § 8 Abs. 2 GRB enthält unter den drei Varianten die für die Genussrechtsinhaber günstigste. Darin zeigt sich aber zugleich die besondere Problematik der vorliegenden Konstellation. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass sich die Intransparenz gerade aus dem Zusammenspiel der drei Absätze ergibt. Jeder Absatz 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 drei Absätze herauszusuchen und ihn unter Streichung des Rests aufrechtzuerhalten. Die drei 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.

---

<sup>68</sup> Siehe nur *BGH NJW* 2013, 991 Rdnr. 25; Palandt-*Grüneberg* (Fn. 5), § 306 Rdnr. 6.

<sup>69</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. 5), § 306 Rdnr. 7.

<sup>70</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.

#### d) Ergänzende Vertragsauslegung

Stellt die sich nach Streichung der Klausel ergebende Vertragsrechtslage keine interessengerechte Lösung dar, weil dadurch den beiderseitigen Interessen nicht mehr in angemessener Weise Rechnung getragen würde, so ist die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen.<sup>71</sup> Es ist indes insbesondere mit Blick auf §§ 3, 4 GRB, die die Gewinn- und Verlustbeteiligung regeln, nicht ersichtlich, dass sich durch die Unwirksamkeit von § 8 GRB das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschieben würde. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist daher nicht vorzunehmen.

#### e) Ergebnis zu 2.

Die Intransparenz hat damit zur Folge, dass § 8 GRB im Ganzen unwirksam ist.

### 3. Ergebnis zu III.

Damit kann festgehalten werden, dass § 8 GRB gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

## IV. Konsequenzen für den Vertrag und die Genussrechtsbedingungen im Übrigen

Fraglich ist, 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. 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>72</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>73</sup> Dennoch ist nach allgemeiner Auffassung auch im Falle der Unwirksamkeit von

---

<sup>71</sup> BGHZ 176, 244 Rdnr. 32; 143, 103, 120 f.; 137, 153, 157; 90, 69, 75 ff.; Palandt-Grüneberg (Fn. 5), § 306 Rdnr. 13; ferner Sethe, WM 2012, 577, 584.

<sup>72</sup> S.o. III.1.

<sup>73</sup> Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs (Fn. 1), § 307 Rdnr. 368.

Preis- und Leistungsbestimmungen bei der Annahme einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages Zurückhaltung geboten, weil dies dem Sinn von § 306 BGB zuwiderlaufen könnte.<sup>74</sup> Der Vertrag kann insbesondere mit der Maßgabe aufrechterhalten werden, dass die betroffene Leistungseinschränkung wegfällt.<sup>75</sup> Die Aufrechterhaltung des Vertrages im Übrigen ohne § 8 GRB stellt 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 Genussrechtsverträge weitaus nachteiliger.

## V. Ergebnis

§ 8 GRB 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.

Hamburg, den 29. April 2014



(Prof. Dr. R. Bork)

---

<sup>74</sup> Palandt-Grüneberg (Fn. 5), § 306 Rdnr. 3; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs (Fn. 1), § 307 Rdnr. 369; Staudinger-Schlosser (Fn. 11), § 306 Rdnr. 2; vgl. aber Erman-Roloff (Fn. 17) Rdnr. 4; vgl. ferner Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt (Fn. 1), § 306 Rdnr. 10: Mindestvoraussetzung für das Eingreifen von § 306 Abs. 1 BGB sei, dass keine *essentialia negotii* unwirksam sind.

<sup>75</sup> Staudinger-Schlosser (Fn. 11), § 306 Rdnr. 2, 11.