

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **(Un-)Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchset- zungssperren (insbes. in AGB)**

VID-Workshop „Gesellschaftsrecht in der Insolvenz“  
am 30. November 2018 in Frankfurt

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## **Gliederung**

1. Anlass zum Nachdenken
2. Anwendbarkeit des AGB-Rechts (§ 310 IV BGB)
3. Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)
4. Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
5. Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)
6. Unklarheitenregel (§ 305c II BGB)
7. Folge einer fehlenden (wirksamen) Vereinbarung
8. Fazit

## 1. Anlass zum Nachdenken:

### a) Literatur

*Poelzig*, Nachrangdarlehen als Kapitalanlage – Im "Bermuda-Dreieck" von Bankaufsichtsrecht, Kapitalmarktrecht und AGB-Recht, WM 2014, 917

*Bitter*, Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren, ZIP 2015, 345 ff.

*Gehrlein*, Haftung für Vertrieb von durch Allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert nachrangig ausgestaltete Darlehen, WM 2017, 1385

siehe auch die Urteilsanmerkungen von *Poelzig*, BB 2015, 980 und *Mock*, JZ 2015, 525, 528

## 1. Anlass zum Nachdenken:

### b) Rechtsprechung

BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, ZIP 2018, 882 (unverbriefte Genussrechte in der Insolvenz der Emittentin)

BGH v. 26.3.2018 – 4 StR 408/17, ZIP 2018, 962 – „König von Deutschland“ (Entgegennahme von Geldern auf „Sparbüchern“ der „Kooperationskasse“ von „Neudeutschland“)

OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437 (Nachrangdarlehen; Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH Az. IX ZR 10/18)

⇒ Allgemeines Problem der wirksamen Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren, nicht nur im Kapitalanlagerecht

## 2. Anwendbarkeit des AGB-Rechts

Frage: Ausschluss gemäß § 310 IV BGB (Gebiet des Gesellschaftsrechts)?

- (+) BGH v. 10.10.1994 – II ZR 32/94, BGHZ 127, 176 = ZIP 1994, 1847 für stille Beteiligung; Argument: gemeinsamer Zweck = Gesellschaft (streitig)
- (–) BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312 = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 13) – „Klößner“ für Genussrechte; Argument: kein Mitgliedschaftsrecht, sondern schuldrechtliches Gläubigerrecht
  - ❖ zust. BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, ZIP 2018, 882, 886 (Rn.28)
- (–) OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 438 für Nachrangdarlehen mit Festverzinsung und ohne Kontroll-/Mitwirkungsrechte

## 3. Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)

a) Problem: Anlegerhorizont? ⇒ Parallele zum Prospektrecht?

- ❖ BGH v. 12.7.1982 – II ZR 175/81, NJW 1982, 2823, 2824 – BuM: durchschnittlicher Anleger, der zwar eine Bilanz lesen kann, aber nicht mit der in Fachkreisen verwendeten Schlüsselsprache vertraut ist
- ❖ BGH v. 18.9.2012 – XI ZR 344/11, BGHZ 195, 1 = ZIP 2012, 2199: durchschnittlicher Kleinanleger, wenn sich der Emittent ausdrücklich auch an das unkundige und börsenunerfahrene Publikum wendet

⇒ Parallelproblem bei Intransparenz ⇒ Folie 17

## 3. Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)

### b) Überraschungseffekt?

- ⇒ keine Überraschung bei Erkennbarkeit des unternehmerischen Risikos
  - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 11 ff.) für ein „zinsloses nachrangiges Darlehen“ von Eltern der Schüler an einen Schulträger
  - ❖ OLG Schleswig v. 5.2.2009 – 5 U 106/08, GmbHR 2009, 374 für Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen; Berücksichtigung von Werbeprospekten
- ⇒ Überraschung folgt nicht allein aus einer Nachrangabrede in einem privat gewährten Darlehen; Berücksichtigung des besonderen (Unterstützungs)Verhältnisses zwischen Darlehensgeber und -nehmer
  - ❖ BGH v. 26.3.2018 – 4 StR 408/17, ZIP 2018, 962, 965 (Rn. 23 f.) – „König von Deutschland“

## 3. Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)

### b) Überraschungseffekt?

- ⇒ Überraschung bei Nachrang + vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn der Eindruck eines „normalen“ Kreditverhältnisses erzeugt wird
- ⇒ Überraschungseffekt einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre bei kurzfristig liquidierbarem Anlagentyp
  - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015 (Fall Prokon)
  - ❖ *Bitter*, ZIP 2015, 345, 349
  - ❖ zust. OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 439

## 3. Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)

### b) Überraschungseffekt?

- ⇒ Überraschung bei (umfassender) vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn sich das besonders hohe (Insolvenz-)Risiko nicht aus der Bezeichnung des Darlehens / der Anleihe oder sonst aus einem hervorgehobenen Hinweis ergibt (*Bitter*, ZIP 2015, 345, 350; zust. OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 438)
- ⇒ Beispiel: „Das Risiko dieser Geldanlage ist im Vergleich zum allgemeinen Insolvenzrisiko deutlich erhöht. Die Geschäftsleitung ist in der Lage, das Nachrangkapital komplett zugunsten anderer Gläubiger zu verbrauchen, ohne Insolvenz anmelden und ohne den Anleger vor dem Totalverlust informieren zu müssen. Es besteht – anders als bei einer Gesellschaftsbeteiligung – nicht einmal die Möglichkeit, auf die Realisierung jenes Risikos des Totalverlustes durch Mitwirkungs- und Kontrollrechte Einfluss zu nehmen.“

## 4. Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

### a) Problem: Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)

#### (1) Genussrechte

- (–) BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 314 ff. = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 16 ff.) – „Klöckner“: bei „Genussrechten mit Eigenkapitalcharakter“ keine Kontrolle der Möglichkeit, das Genusskapital analog dem Grundkapital bei Verlusten herabzusetzen; Argument: Beteiligung am Verlust = Hauptleistungsinhalt; aber: Art + Weise der Herabsetzung kontrollfähig
- (–) BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 29) für Verlustteilnahme bei Genussrecht; Art + Weise der Herabsetzung kontrollfähig
- (?) Übertragbarkeit auf *Rangrücktritt* in Genussrechtsbedingungen?  
dafür BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, ZIP 2018, 882, 885 (Rn. 31) m.w.N.  
*dagegen Bitter*, ZIP 2015, 345, 351

## 4. Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

### a) Problem: Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)

#### (2) Nachrangdarlehen

- (+) inzident BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 20):  
Nachrang beim *Darlehen* als Abweichung von §§ 38, 174 I InsO
- (+) inzident (ohne Begründung) OLG Schleswig v. 5.2.2009 – 5 U 106/08,  
GmbHHR 2009, 374 für Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen
- (+) ausdrücklich OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437,  
440 für Nachrang beim *Darlehen* als Abweichung von §§ 448 I 2, 490 BGB

## 4. Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

### a) Problem: Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)

#### (3) Relevanz der Bezeichnung als „Genussrecht“ bzw. „Nachrangdarlehen“?

Frage: Privilegierung des für den Anleger positiv = weniger gefährlich klingenden „Genussrechts“ gegenüber dem immerhin einen Nachteil andeutenden „Nachrangdarlehen“?

dagegen *Bitter*, ZIP 2015, 345, 351

dafür offenbar BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, ZIP 2018, 882, 885 (Rn.31),  
jedoch ohne Begründung (nur „a.A. *Bitter*, ZIP 2015, 345, 351“ zitiert)

## 4. Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

### b) Unangemessene Benachteiligung

- ⇒ Unwirksamkeit beim Nachrang umso weniger denkbar, je klarer dieser in der Bezeichnung des Finanzierungsverhältnisses, im Vertrag und/oder den „Begleitdokumenten“ zum Ausdruck kommt
  - ❖ Argumente: Rangrücktritt ist im Gesetz vorgesehen (§ 39 II InsO) und nach § 5 III Nr. 4 SchVG 2009 sogar mit Mehrheit beschließbar
  - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 20 ff.): offen, ob ein Nachrang gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung verstößt; jedenfalls keine unangemessene Benachteiligung bei einem betragsmäßig begrenzten zinslosen nachrangigen Darlehen von Eltern der Schüler an einen Schulträger zur Ermöglichung des Schulbetriebs  
krit. Anm. *Matz*, NZI 2014, 506: „gewichtige Gründe“ für Wirksamkeit erforderlich

## 4. Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

### b) Unangemessene Benachteiligung

- ⇒ Unwirksamkeit einer Kombination aus Nachrang und insolvenzvermeidender vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn sie in einem Vertrag über den Ankauf von Lebensversicherungen mit Stundung des Kaufpreises enthalten ist
  - ❖ LG Hamburg v. 16.1.2013 – 332 O 72/12 (juris-Rn. 43 ff.): Unwirksamkeit eines sog. „qualifizierten Rangrücktritts“ im Zusammenhang mit einer sog. „Policenaufwertung“

## 4. Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

### b) Unangemessene Benachteiligung

- ⇒ Unwirksamkeit einer formularmäßigen vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre jedenfalls dann, wenn der mit einem qualifizierten Rangrücktritt verfolgte Zweck, dem Eintritt der Überschuldung vorzubeugen, nicht erreicht werden kann, weil der Gläubiger im Insolvenzfall nicht hinter die Forderungen des § 39 I Nr. 5 InsO zurücktritt.
- ❖ OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 440 mit Hinweis auf *Gehrlein*, WM 2017, 1385, 1389 f.; *Bitter*, ZIP 2015, 345, 353 f.

## 4. Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)

### b) Unangemessene Benachteiligung

- ⇒ m.E. Unwirksamkeit einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre, wenn sie umfassend gilt und sich nicht auf einen begrenzten Zeitraum der Liquiditätsbeschaffung durch die Geschäftsführung beschränkt
- ❖ Argumente: Ausstiegsoption als Leitbild des Darlehens (§ 490 BGB); Insolvenzantragsrecht der §§ 13, 14 InsO gilt auch für nachrangige Gläubiger (gesetzlicher Regelfall); „Notbremse“ sogar bei Eigenkapital (§ 49 II GmbHG, § 92 I AktG)
- ❖ zulässiger Zeitraum der Sperre abhängig von der Kündigungsfrist
- ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015; *Bitter*, ZIP 2015, 345, 354
- ❖ daneben auch § 138 BGB denkbar wegen „Selbstenmündigung“



## 5. Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)

### a) Problem: Anlegerhorizont?

- ❖ BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312 f. = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 14) – „Klößner“: durchschnittlicher Erwerber von Genussscheinen
- ❖ BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 27): Durchschnittskunde
- ❖ Parallelproblem bei § 305c BGB ⇒ Folie 6

### b) Fälle der Transparenz

- ⇒ Transparenz des Begriffs „Bilanzverlust“ für Verlustzuweisung
  - ❖ BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 27 f.): gesetzliche Bestimmung des Begriffs „Bilanzverlust“ in § 158 I 1 Nr. 5 AktG

## 5. Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)

### b) Fälle der Transparenz

- ⇒ Transparenz der Formulierung „nachrangiges Darlehen“
  - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 25 f.): Erläuterung gängiger Rechtsbegriffe nicht erforderlich; zust. *Dörner*, EWIR 2014, 424
- ⇒ Nachrangklausel in Genussrechtsbedingungen, aus der sich klar und unmissverständlich ergibt, dass die Forderungen der Genussrechtsgläubiger gegenüber einfachen Insolvenzgläubigern nachrangig sind, ist auch dann nicht wegen Intransparenz nichtig, wenn eine von der Klausel zusätzlich vorgesehene Regelung der Rangklasse innerhalb der nachrangigen Forderungen unklar ist oder Auslegungszweifel aufwirft, sofern die Regelungen insoweit inhaltlich und sprachlich trennbar sind
  - ❖ BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, ZIP 2018, 882, 885 ff. (Rn. 32 ff.)

## 5. Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)

### c) Fälle der Intransparenz

- ⇒ Intransparenz, wenn durch Bezugnahme auf unklare Begriffe wie „sonstiges Eigenkapital“ nicht deutlich wird, in welchem Rang genau der Anspruch bedient wird
  - ❖ AG Itzehoe v. 1.5.2014 – 28 IE 1/14, 28 IN 1/14, ZIP 2014, 1038, 1040
- ⇒ Intransparenz, wenn die Bedeutung von Nachrang + vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre durch risikoverschleiende Zusätze unklar wird
- ⇒ Intransparenz, wenn die rechtliche Wirkung *unrichtig* erläutert wird

## 5. Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)

### c) Fälle der Intransparenz

- ⇒ Intransparenz eines „qualifizierten Rangrücktritts“ mit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn deren vorinsolvenzliche Wirkung (= die „Wesensänderung der Geldhingabe vom bankgeschäftstypischen Darlehen mit unbedingter Rückzahlungsverpflichtung hin zu unternehmerischer Beteiligung mit einer eigenkapitalähnlichen Haftungsfunktion“) nicht deutlich wird, insbesondere nicht klar ausgedrückt wird, dass die Rückzahlung auch dann ausgeschlossen werden soll, wenn Insolvenzgründe bereits bei Darlehenshingabe bestanden
  - ❖ OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 449 f.

## 6. Unklarheitenregel (§ 305c II BGB)

- ⇒ wird neben einem „Nachrang“ nicht deutlich eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vereinbart, hat der „Nachrang“ nur die gesetzliche Wirkung des § 39 InsO = Verteilungsregel im Insolvenzverfahren
- ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1012 f. + 1015

## 7. Folge einer fehlenden (wirksamen) Vereinbarung

- a) eines Nachrangs:
- Risikoerhöhung für sonstige Gläubiger (z.B. Banken)
  - ggf. Überschuldung; Folge: Insolvenzverschleppung
  - ggf. unrichtige Bilanzierung / Besteuerung
  - erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft (s.u.)

## 7. Folge einer fehlenden (wirksamen) Vereinbarung

b) einer insolvenzvermeidenden vorinsolvenzlichen

Durchsetzungssperre:

- ggf. Überschuldung; Folge: Insolvenzverschleppung
  - ⇒ vgl. OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437
- erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft bei fehlender Verbriefung des Rückzahlungsanspruchs (§ 1 I 2 Nr. 1 KWG), str.
  - ⇒ LG Hamburg v. 16.1.2013 – 332 O 72/12 (juris)
  - ⇒ *Poelzig*, WM 2014, 917, 919 f. m.N. auch zur Gegenansicht
  - ⇒ vgl. auch OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437
  - ⇒ vgl. auch BGH v. 26.3.2018 – 4 StR 408/17, ZIP 2018, 962 – „König von Deutschland“ (siehe aber Rn. 26 zu fehlender Gewinnerzielungsabsicht)

[http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2014/fa\\_bj\\_1408\\_qualifizierte\\_nachrangklauseln.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2014/fa_bj_1408_qualifizierte_nachrangklauseln.html)

## 8. Fazit

- Die AGB-Kontrolle ist für Genussrechte und Nachrangdarlehen eröffnet.
- Der Überraschungseffekt hängt von der Bezeichnung (z.B. als „Nachrangdarlehen“) ab und ist bei der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre problematischer als beim Nachrang, insbesondere bei kurzfristig liquidierbaren Anlageformen.
- Für die Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB) sollte nicht zwischen Genussrechten und Nachrangdarlehen differenziert werden (a.A. der BGH).
- Im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 I 1, II BGB ist eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre deutlich problematischer als ein Nachrang.
- Die Intransparenz nach § 307 I 2 BGB ist eine Frage des Einzelfalls. Gerade bei vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren ist die Transparenz nicht leicht herzustellen. Das besondere Risiko darf nicht verschleiert werden.

## 8. Fazit

- Die Unwirksamkeit eines (qualifizierten) Rangrücktritts hat gravierende (strafrechtliche) Konsequenzen für die Betroffenen (insbesondere im Hinblick auf die fehlende Insolvenzvermeidung = Insolvenzverschleppung und das Betreiben verbotener Bankgeschäfte).

© 2018 Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V.  
[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)