

Der Sanierungs- Berater

www.sanierungsberater.de

Betriebs-Berater für Interimsmanagement und Restrukturierung

SanB

3/2023

Seiten 57–90

4. Jahrgang

- **Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.**
Strategie und Taktik in der Unternehmenssanierung 57
- **Marco Martin**
Sanierungsfall Krankenhaus 58
- **Dr. Martin Heidrich, LL.M., und Ole Schudwitz**
Der Vermögensverfall des Freiberuflers und das StaRUG 60
- **Dr. Christian Frank und Joachim Ponseck**
Restrukturierungen und Herausforderungen für das Management 64
- **Kerstin Bontschev**
Haftung von Geschäftsführern gegenüber Nachrangdarlehensgläubigern
infolge der Verwendung einer unwirksamen Nachrangabrede 67
- **BGH, Urteil vom 27.7.2023 – IX ZR 267/20**
Die Musterfeststellungsklage im Insolvenzverfahren 69
- **OLG Bamberg, Urteil vom 31.7.2023 – 2 U 38/22**
Die Insolvenzreife – eine Hauptprüfungspflicht des Sanierungsberaters,
kein Verstoß gegen das RDG 74
- **LG Dresden, Urteil vom 21.9.2023 – 9 O 2523/23**
Haftung des Geschäftsführers bei Nachrangdarlehen 81
- **Sascha Borowski**
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.7.2023 – IX ZR 267/20 87
- **Dr. Sebastian Braun, LL.M.**
Anmerkung zu OLG Bamberg, Urteil vom 31.7.2023 – 2 U 38/22 88
- **Lena Nelsen und Andreas Weißelberg**
Kübler/Bork/Prütting (Hrsg.), Handbuch Restrukturierung in der
Insolvenz HRI I 89

Herausgegeben von
Prof. Dr. Daniel Graewe
Dr. Martin Heidrich
Rüdiger Weiß

Beirat
Prof. Dr. Christian Berger
Maximilian Dressler
Martin Hammer
Prof. Dr. Michael Hippeli
Béla Knof
Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning
VRiLG Dr. Martin Pellens
Dr. Johan Schneider

Schriftleitung
Sascha Borowski
Thorsten Petersen

Rechtsanwältin Kerstin Bontschev, Dresden*

Haftung von Geschäftsführern gegenüber Nachrangdarlehensgläubigern infolge der Verwendung einer unwirksamen Nachrangabrede

Zugleich Anmerkung zu LG Dresden, Urteil vom 21.09.2023 – 9 O 2523/23

Spätestens mit Urteil des Landgericht Dresden vom 21.9.2023, dem eine Klage eines Nachrangdarlehensgläubigers gegen den Geschäftsführer der Darlehensnehmerin zugrunde lag, kann nicht mehr per se eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber den geschädigten Anlegern auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 S. 1 KWG, § 31 BGB ausgeschlossen werden. Der Anleger hat somit einen weiteren Haftungsgegner. Geschäftsführern obliegt damit die Pflicht, wirksame Nachrangabreden zu vereinbaren, um das Vorliegen eines Einlagengeschäftes und damit auch eine Haftung zu vermeiden.

I. Grundlegendes

Erleidet der Investor einen Totalverlust, stellt sich die Frage nach möglichen – bonitätsstarken – Haftungsgegnern. Dies gilt insbesondere im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens von Emittenten, die Nachrangdarlehen emittieren. Dahingehende Emittenten firmieren häufig in der Rechtsform einer GmbH oder GmbH & Co. KG.

Die Emittenten sind Darlehensnehmer und überlassen dem Investor Vertragsformulare, die zum Vertragsabschluss führen. Die Darlehensverträge enthalten in der Regel eine Nachrangklausel, die nicht nur eine Passivierung der Forderung zur Folge hat, sondern auch das Einlagengeschäft vermeiden soll. Denn ein Einlagengeschäft bedarf einer Erlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 32 Abs. 1 S. 1 KWG. Das Finanzierungsinstrument des Nachrangdarlehen ist daher auch ein Instrument, um die Erlaubnispflicht des Kreditwesengesetzes zu umgehen, und um Gelder von Investoren einzusammeln, ohne jedoch die Kosten, die mit einem Einlagengeschäft verbunden sind, als Gesellschaft tragen zu müssen.

Die Gesellschaft der Darlehensnehmerin ist daher bestrebt, die Erlaubnispflicht des Kreditwesengesetzes auszuschließen, und das Vorliegen eines Einlagengeschäftes zu vermeiden, sich aber gleichwohl am Kapitalmarkt zu finanzieren. Ein Einlagengeschäft liegt immer dann vor, wenn trotz Vereinbarung eines Nachrangdarlehensvertrages unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums durch die Gesellschaft der Darlehensnehmerin angenommen wurden.

Um das Vorliegen eines Einlagengeschäftes zu vermeiden, muss daher das qualifizierte Nachrangdarlehen eine wirksame bedingte Rückzahlbarkeit in den Verträgen vorsehen.

Um von einer nur bedingten Rückzahlbarkeit ausgehen zu können, ist seit Inkrafttreten des Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetzes die wirksame Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts erforderlich. Steht fest, dass der Gesellschaft dieses in den Darlehensverträgen nicht gelungen ist, kommt es zu einer Haftung des Geschäftsführers gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, § 32 Abs. 1 S. 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 Abs. 2 KWG, der sich nicht ohne Weiteres auf einen vermeidbaren Verbotsirrtum zu seiner Exculpation berufen kann.

Vor diesem Hintergrund hat sich das Landgericht Dresden sehr ausführlich mit der Frage der Haftung des Geschäftsführers gegenüber dem Kapitalanleger befasst und der Berufung des Geschäftsführers auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum bei Erstellung der Nachrangabrede eine Abfuhr erteilt.

II. Zum Urteil des LG Dresden¹

1. Nachrangabrede als Allgemeine Geschäftsbedingung

Es handelt sich bei der Nachrangabrede und den Vertragsbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die an den Regelungen der §§ 305 ff BGB zu messen sind.

a) Unwirksamkeit der Nachrangabrede als Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 305c BGB

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass ein Nachrangdarlehensvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist, jedoch der Beklagte als Geschäftsführer der Darlehensnehmerin mit der Entgegennahme des Darlehensbetrages gegen das Schutzgesetz des § 32 Abs. 1 KWG verstoßen hat. Danach bedarf derjenige einer Erlaubnis der Aufsichtsbehörde, der im Inland gewerbsmäßig Bankgeschäfte betreiben will. Da der Regelung des § 32 Abs. 1 S. 1 KWG Schutzgesetzcharakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zukommt, haftet der Geschäftsführer dem Kläger persönlich aus § 823 Abs. 2 BGB².

Richtigerweise hat das Gericht zunächst die Wirksamkeit der Klausel zum qualifizierten Rangrücktritt betrachtet, einschließlich der Allgemeinen Vertragsbedingungen. Danach stand der Wirksamkeit der Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts entgegen, dass sowohl das Angebotsschreiben als auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen, die die Darlehensnehmerin dem Darlehensgeber/Kleinanleger zur Verfügung gestellt hat, nach § 305c Abs. 1 BGB überraschend intransparent und damit unwirksam sind. Üblicherweise wird eine Klausel dann als überraschend eingestuft, wenn sie im Hinblick auf den typischen Inhalt des zwischen Verwender und Vertragspartner geschlossenen Vertrages nach den Gesamtumständen so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner vernünftigerweise mit ihr nicht rechnen musste. Es kommt daher zunächst auf die Frage an, von welchem Anlegerhorizont aus der Überraschungseffekt zu ermitteln ist.

Vorliegend war, so das Gericht, zu berücksichtigen, dass Kleinanleger ohne Erfahrung in der Unternehmensfinanzierung oft nicht erkennen, dass sie mit Nachrangdarlehen eine unternehmerische Finanzierungsverantwortung übernehmen. Sie haben keinen Einfluss auf die Verwendung des Kapitals und kein Auskunftsrecht über die Verwendung des Kapitals, sie haben aber eine finanzielle Verantwortung wie ein Gesellschafter, der das Kapital in dem Unternehmen belassen muss, wenn es in eine wirtschaftliche Schieflage gerät, während ein anderer Drittgläubiger sein Kapital abziehen könnte. Vorliegend hat sich die Darlehensnehmerin mit ihrem Finanzierungs-

¹ LG Dresden, vom 21.9.2023 – 9 O 2523/22.

² BGH, WM 2005, Seite 1217–1219 zum Schutzgesetzcharakter des § 32 KWG.

* Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht, Fachanwältin für Steuerrecht. Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S.III.

wunsch über einen Vermittler an ein allgemeines Publikum gewandt. Der Bundesgerichtshof hat bei der Ermittlung des relevanten Anlegerhorizontes im Rahmen des § 315 Abs. 1 BGB in einem vergleichbaren Fall auf einen durchschnittlichen Erwerber abgestellt³.

Die Bezeichnung des Darlehens als Nachrangdarlehen allein ist nicht ausreichend, um auf die gebotene Risikodarstellung aufmerksam zu machen. In Einbeziehung der Literaturmeinung und den in der Literatur erforderlichen Inhalt für eine ausreichende Darstellung eines qualifizierten Nachrangs mit vorinsolvenzrechtlicher Durchsetzungssperre, kommt das Gericht folgerichtig zu der Einschätzung, dass die Klausel das mit der Darlehensvergabe verbundene Risiko nicht ausreichend transparent ausgestaltet⁴.

Hinzukommt in dem vorliegenden Fall, dass sowohl das Landgericht Dresden als auch das OLG Dresden sich in einem parallel geführten Prozess mit der Frage der Wirksamkeit der verwendeten Nachrangabrede befasst haben und zu der Rechtsauffassung kamen, dass die streitbefangene Nachrangklausel als überraschend im Sinne des §§ 315 Abs. 1 BGB anzusehen sei⁵.

b) Unwirksamkeit der Nachrangabrede als Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

Die qualifizierte Nachrangklausel mit vorinsolvenzrechtlicher Durchsetzungssperre ist jedoch auch deshalb AGB-rechtlich unwirksam, da sie nicht den Anforderungen an das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB genügt und den Darlehensgeber als Nichtgesellschafter unangemessen benachteiligt. Die streitgegenständliche verwendete Nachrangklausel verdeutlicht dem Durchschnittskunden nicht die rechtliche Tragweite der getroffenen qualifizierten Nachrangabrede. Die Bestimmung macht nicht ausreichend klar und verständlich, dass der Darlehensgeber/Anleger mit der Überlassung der Darlehensvaluta ein über das allgemeine Insolvenzrisiko hinausgehendes unternehmerisches Risiko übernimmt, dessen Realisierung er mangels Mitwirkungs- und Kontrollrechte in keiner Weise beeinflussen kann.

c) Zwischenergebnis

Der Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach Treu und Glauben verpflichtet, die Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Es müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass keine Beurteilungsspielräume entstehen⁶.

Gemessen an diesen Anforderungen der Rechtsprechung und des BGB waren die verwendeten Klauseln unwirksam.

Dieses führt dazu, dass aufgrund der Unwirksamkeit der verwendeten Nachrangabrede ein Einlagengeschäft festzustellen war.

2. Der Geschäftsführer kann sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen

a) Erlaubnispflicht für Bankgeschäfte

Ist die Nachrangklausel unwirksam, ist ein erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft anzunehmen. Die Erbringung dahingehender Bankgeschäfte ist strafbar gemäß § 32 Absatz 1 S. 1 KWG. Der beklagte Geschäftsführer ist Geschäftsleiter im Sinne des § 1 Abs. 2 KWG.⁷

Eine strafrechtliche Verantwortung des Geschäftsführers ergibt sich aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Wenn der Geschäftsführer in organschaftlicher Stellung für eine juristische Person tätig ist, ergibt sich die strafrechtliche Verantwortung aus § 35 Abs. 1 GmbHG und trifft den Geschäftsführer⁸.

b) Geschäftsführer kann sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen

Ein Verbotsirrtum, der zu einem Haftungsausschluss des Geschäftsführers führt, ist nur dann unvermeidbar, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das unrechtmäßige Handeln nicht zu gewinnen vermochte. Etwa aufkommende Zweifel sind durch Einholung einer verlässlichen und sachkundigen Auskunft zu beseitigen. Eine Auskunft ist nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist. Ein Rechts- bzw. Verbotsirrtum wirkt folglich nur dann haftungsausschließend, wenn dieser unvermeidbar ist⁹.

Wie das Gericht feststellte, reicht das Vertrauen auf den eingeholten rechtsanwaltlichen Rat nicht aus, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum annehmen zu können.

c) Einholung anwaltlichen Rats nicht ausreichend für Begründung Verbotsirrtum

Der Täter kann sich Rat bei einer Auskunftsperson holen. In dem streitgegenständlichen Fall wurde nicht nachgewiesen, dass ein Anwalt einen Mandatsauftrag erteilt bekommen hatte, die streitgegenständliche Nachrangklausel zu erstellen. Doch selbst wenn der Anwalt die Nachrangklausel erstellt hätte, darf aber ein Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen. Das Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat vermag somit nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen.

Der verklagte Geschäftsführer durfte sich nicht auf die Auffassung seines Rechtsanwaltes etwa allein deswegen verlassen, weil sie seinem Vorhaben günstig ist. Insbesondere bei erkennbar komplexen Fragestellungen und Sachverhalten ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen. Dieses gilt erst recht bei einer Vielzahl von betroffenen Anlegern.

Diese Maßstäbe, die erforderlich sind, um einen Verbotsirrtum auszuschließen, hat der darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht dargetan.¹⁰

3. Umfang des zugesprochenen Anspruchs und Ausschluss der Verjährung

Das LG Dresden hat dem Kläger den negativen Schadensersatz zugesprochen. Die geleistete Darlehenszahlung war daher um erhaltene Zinszahlungen zu kürzen. Weiterhin hat das Landgericht Dresden dem Anleger einen Anspruch auf Feststellung der Ersatzpflicht des Schadens aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung zugesprochen.

Der Anspruch des Anlegers war auch nicht verjährt, denn die Verjährung begann mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in welchem der Kläger erstmals Rechtsrat bei seiner Prozessbevollmächtigten eingeholt hat. Die rechtliche Einordnung der Kapitalanlage als Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1

³ BGH vom 17.5.1982 – VII ZR 316/81.

⁴ Georg Bitter, Aufsatz über AGB-rechtliche Grenzen der Hybridisierung von Fremdkapitalinstrumenten in ZIP 2015, Seite 345 ff.

⁵ LG Dresden vom 9.3.2020 – 9 O 1995/19, OLG Dresden vom 26.8.2020 – 5 U 759/20.

⁶ BGH vom 17. Juli 2018 – VI 274/17.

⁷ Art. 16 Abs. 1 VO (EWG) 2137/85.

⁸ BGH vom 15.5.2012, VI ZR 166/11.

⁹ BGH vom 15.5.2012 – VI ZR 166/11; BGH vom 27.6.2017 – VI ZR 424/16.

¹⁰ BGH vom 27.6.2017 – VI ZR 424/16.

Nr. 1 KWG erfolgte erstmalig gegenüber dem Investor durch den Anwalt.¹¹

III. Fazit

Anleger, die in Nachrangkapital investiert haben, haben im Fall der Insolvenz der Gesellschaft einen Anspruch gegen den Geschäftsführer, wenn (1) die Nachrangabrede unwirksam ist

und wenn (2) ein vermeidbarer Verbotsirrtum vorliegt. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, wie das OLG Dresden diese Fragestellung entscheiden wird und die Frage des Vorliegens eines vermeidbaren oder unvermeidbaren Verbotsirrtums durch die obergerichtliche Rechtsprechung geprägt werden wird.

¹¹ Grüneberg/Ellenberger, BGH, 80. Aufl. 2022, § 199 Rz. 27; BGH vom 12.3.2022 – VII ZR 236/19.

Rechtsprechung

Die Musterfeststellungsklage im Insolvenzverfahren

§ 80 Abs. 1 InsO; § 606 Abs. 1 ZPO

BGH, Urteil vom 27.7.2023 – IX ZR 267/20

Wird über das Vermögen des von den Feststellungszielen betroffenen Unternehmens das Insolvenzverfahren eröffnet, kann eine Musterfeststellungsklage gegen den Insolvenzverwalter erhoben werden, auch wenn dieser das Unternehmen nicht fortführt.

InsO § 85; ZPO § 606 Abs. 1

Insolvenzrechtliche Bestimmungen stehen einer Musterfeststellungsklage jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Feststellungsziele sich ausschließlich auf Aktivprozesse der Masse beziehen.

InsO § 94; § 96 Abs. 1 Nr. 3

Die Berücksichtigung eines Neukundenbonus in der Jahresverbrauchsabrechnung eines Energieversorgungsvertrags stellt keine insolvenzrechtlich unzulässige Aufrechnung oder Verrechnung dar, wenn der Neukundenbonus als vom Jahresumsatz abhängiger Nachlass (Rabatt) ausgestaltet ist.

BGB § 305c Abs. 2, § 307 Abs. 1 BGB

Beschränkt sich eine Bestimmung in einem Energielieferungsvertrag über die Berechnung des Jahresverbrauchspreises ausschließlich auf die Formulierung

„Grundpreis: [...] €/Monat (inkl. 19% MWSt)

Arbeitspreis: [...] €/Monat (inkl. 19% MWSt)

Neukundenbonus: [x]% (Jahresumsatz)“,

kann diese Klausel bei der Verwendung gegenüber Verbrauchern dahin auszulegen sein, dass es sich bei dem Neukundenbonus um einen einmaligen, nicht an eine Mindestlaufzeit geknüpften Nachlass (Rabatt) auf den Jahresverbrauchspreis handelt.

BGH, Urteil vom 27. Juli 2023 – IX ZR 267/20 – OLG München 21. Juli 2020 – MK 2/19

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 2023 für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Senats für Musterfeststellungsklagen des Oberlandesgerichts München vom 21. Juli 2020 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Tatbestand:

Der Kläger ist ein als qualifizierte Einrichtung in die Liste nach § 4 UKlaG eingetragener Verein zum Schutz von Verbraucherinteressen. Der Beklagte ist Verwalter in dem auf Eigenantrag vom 25. Januar 2019 am 16. Oktober 2019 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der B. mbH (im Folgenden: Schuldnerin). Die Schuldnerin warb Kunden von Energielieferverträgen über Gas und Strom unter anderem mit einem vom Jahresumsatz abhängigen Neukundenbonus. In den Belieferungsbestätigungen für diese Kunden waren unter dem Gliederungspunkt Tarif 1 der Grundpreis, der Arbeitspreis und der Neukundenbonus von 15% des Jahresumsatzes für Gas- und 25% des Jahresumsatzes für Stromlieferungen verzeichnet. Nr. 3.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen-Strom und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen-Gas der Schuldnerin (im Folgenden: AGB-Strom und AGB-Gas) sahen vor, dass eine Mindestvertragslaufzeit von zwölf Monaten als vereinbart gelte, sofern hierzu in der Belieferungsbestätigung keine Regelung getroffen werde. Nr. 7.1 der AGB-Strom und der AGB-Gas der Schuldnerin enthielten gleichlautende Regelungen zum Abrechnungszeitraum. Nr. 7.4 AGB-Strom bestimmte: „Sofern im jeweiligen Tarif vereinbart, bietet die [Schuldnerin] als Abschlussprämie für den Abschluss eines Vertrages einen einmaligen Prämienbetrag (Bonus). Die Modalitäten der Gewährung eines zugesagten Bonus sind dem jeweiligen Angebot zu entnehmen.“ Nr. 7.4 AGB-Gas lautete: „Sofern im jeweiligen Tarif vereinbart, bietet die [Schuldnerin] als Abschlussprämie für den Abschluss des Vertrags einen einmaligen Prämienbetrag (Bonus). Etwaige Vorauszahlungen werden durch den Bonus grundsätzlich nicht gemindert.“ Nr. 7.5 der AGB bestimmten wörtlich gleich: „Die Verrechnung eines dem Kunden gegebenenfalls von der [Schuldnerin] zu gewährenden Bonus mit Forderungen der [Schuldnerin] aus unterjähriger Abrechnung vor Ablauf eines Belieferungsjahres sowie mit Abschlagszahlungen vor Erteilung der ersten Jahresverbrauchsrechnung ist ausgeschlossen.“

Zwischen dem 28. Januar und dem 1. Februar 2019 stellte die Schuldnerin die Belieferung ihrer Kunden ein. Der Beklagte rechnete nach seiner Bestellung zum vorläufigen Verwalter am 29. Januar 2019 die Verträge von mehr als 100.000 Kunden der Schuldnerin ohne Berücksichtigung des Neukundenbonus ab, wenn nicht eine Mindestvertragslaufzeit von einem Jahr erreicht war. Im Übrigen meint der Beklagte, die Berücksichtigung etwaiger Boni würde sich als insolvenzrechtlich unzulässige Aufrechnung darstellen; entsprechende Forderungen seien zur Insolvenztabelle anzumelden.

Senats handelt sich um eine auf Bewertung von Tatsachen beruhende Einzelfallentscheidung, die keine rechtsgrundsätzlichen Fragen aufwirft.

66 9. Der Streitwert bestimmt sich nach dem bezifferten Zahlungsantrag des Klägers zuzüglich des zuletzt geltend gemachten Gegenrechts des Beklagten, welches der Senat mit 3.000,00 € bemisst (vgl. insoweit BGH, Beschluss v. 19.2.2013, Az. II ZR 296/12).

Haftung des Geschäftsführers bei Nachrangdarlehen

§ 823 Abs. 2 BGB; §§ 54, 32 Abs. 1 KWG

LG Dresden, Urteil vom 21.9.2023 – 9 O 2523/23

Haftung des Geschäftsführers bei Verwendung unwirksamer Nachrangabrede.

Verwendung unwirksamer Nachrangabrede führt zum Vorliegen eines Einlagengeschäfts i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG.

Geschäftsführer kann sich nicht durch ein Berufen auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum exculpieren.

Tenor

I. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 4.762,52 zuzüglich Zinsen hieraus i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 1.2.2023 zu zahlen.

II. Es wird festgestellt, dass der zuerkannte Anspruch auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung des Beklagten beruht.

III. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

IV. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 39,9%; der Beklagte 60,1%.

V. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung i. H. v. 110% des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Beschluss:

Der Streitwert wird bis zum 7.9.2023 auf 7.920,00 EUR, danach auf 6.000,00 Euro festgesetzt.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt Schadensersatz wegen des Abschlusses eines Vertrages über die Gewährung eines ratierten Nachrangdarlehens für die Firma WBS Finanzierungsservice GmbH. Die Klägerin nimmt den Beklagten als handelnden Geschäftsführer im Wege des Schadensersatzes auf Rückzahlung des angelegten Betrages in Anspruch. Der zwischenzeitlich (2.11.2019) verstorbene Vater der Klägerin, der von der Klägerin und ihren beiden Geschwistern beerbt wurde (nachfolgend: Klägerin), unterbreitete der Firma WBS Finanzservice GmbH am 24.4.2013 auf Bestimmung durch einen Vermittler ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages über ein Nachrangdarlehen i. H. v. 6.000 €. Die Firma WBS Finanzierungsservice GmbH hat ihren Sitz in Dresden. Gegenstand ihres Unternehmens ist neben der laufenden Verwaltung eigenen Vermögens der Ankauf und Verkauf von Lebensversicherungs-, Rentenversicherungs-, Bausparverträgen, Immobilien und Versicherungsbeständen. Das klägerische Angebot erfolgte gerichtsbekannt auf einem von der Firma WBS Finanzierungsservice GmbH erstellten und vielfach verwendeten Formular, das mehrere Varianten der Zins- und Rückzahlung des Darlehens durch die Firma WBS Finanzierungsservice GmbH

vorsah. Die Klägerin entschied sich für die Variante WBS Garant Fix-VIP, die eine Laufzeit des Darlehens von bis 300 Monaten (25 Jahre), eine Verzinsung des Darlehens mit 8% und eine Rückzahlung am Ende der Laufzeit vorsah. Zum Auftragsformular der Firma WBS Finanzierungsservice GmbH gehört eine „Belehrung und Information bei Abgabe des Angebots zum Abschluss eines Vertrages über das Nachrangdarlehen“, welche von der Klägerin gesondert unterzeichnet wurde und folgenden Inhalt aufweist:

„Sowohl die Auszahlung der Zinsen als auch die Rückzahlung des Nachrangdarlehens ist vom wirtschaftlichen Erfolg der WBS Finanzservice GmbH abhängig. Das Nachrangdarlehen ist ein Darlehen besonderer Art, welches im Falle einer Insolvenz der WBS Finanzservice GmbH erst nach Befriedigung sämtlicher anderer Gläubiger (z. B. Banken, Lieferanten) Berücksichtigung findet.

Ansprüche aus dem Nachrangdarlehen sind auch ausgeschlossen, sofern die Erfüllung einen Grund zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der WBS Finanzservice GmbH herbeiführen würde, so dass der TOTALVERLUST der Ansprüche aus dem Nachrangdarlehen eintreten kann.

Je nach Wahl der Vertragsmodalität besteht eine bestimmte Kapitalbindungsdauer, d. h. das Kapital ist während der Vertragslaufzeit gebunden und grundsätzlich nicht verfügbar. Für das Nachrangdarlehen besteht auf dem Markt keine Haltbarkeit, d. h. dass die wirtschaftliche Verwertung abhängig von Interessenten am Markt ist. Stehen diese nicht zur Verfügung, scheidet eine wirtschaftliche Verwertung während der Laufzeit des Vertrages“.

Auf dem Antragsformular findet sich der Hinweis, dass „die umseitigen Allgemeinen Vertragsbedingungen“ von der Klägerin gelesen und zur Kenntnis genommen seien.

In der „Vorbemerkung“ der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) wird ausgeführt:

„Die Ansprüche aus dem Nachrangdarlehen sind auch ausgeschlossen, sofern die Erfüllung einen Grund zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der WBS GARANT herbeiführen würde, so dass der TOTALVERLUST der Ansprüche aus dem Nachrangdarlehen eintreten kann.“

§ 2 der AVB der Beklagten (Anlage B 2) sieht vor, dass bei Vereinbarung einer Vertragslaufzeit von 180 Monaten nach Ablauf von 84 Monaten ein Recht zur Kündigung mit einer Frist vom 3 Monaten zum Ablauf des 120. Vertragsmonats besteht. Zudem sind dort Sonderkündigungsmöglichkeiten für Fälle schwerer Krankheiten oder den Tod vorgesehen.

§ 5 der AVB lautet:

„Die Zins- als auch die Rückzahlungsansprüche sind qualifiziert nachrangig dergestalt, dass diese ausschließlich aus laufenden Gewinnen bzw. aus dem Liquiditätsüberschuss erfüllt werden und infolge dessen im Range hinter den Ansprüchen aus § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 InsO zurücktreten. (...) Die Ansprüche aus dem Nachrangdarlehen sind auch ausgeschlossen, sofern die Erfüllung einen Grund zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der WBS GARANT herbeiführen würde.“

In § 6 der AVB heißt es:

„Die Zins- und Rückzahlung ist vorbehaltlich des § 5, entsprechend den Angaben im umseitigen Angebot am 28. des auf den Ablauf des Vertrages folgenden Monats zur Zahlung fällig. Die Zinszahlung zum Ende der Vertragslaufzeit wird mit der Rückzahlung fällig. (...)“

Die Firma WBS Finanzservice GmbH nahm das klägerische Angebot auf Abschluss eines Nachrangdarlehens an und übersandte der Klägerin einen entsprechenden Zeichnungsschein,

der einen Gesamtdarlehensbetrag i. H. v. 6.000 € ausweist und der vom Beklagten unterzeichnet wurde.

Nach in 2017 erfolgter Umwandlung firmiert die Firma WBS Finanzierungsservice GmbH nunmehr unter GARANTIS GmbH & Co. KG.

Der 69-jährige Beklagte war vormaliger Geschäftsführer der WBS Finanzservice GmbH und ist nunmehriger Kommanditist und vormaliger Geschäftsführer der Komplementär-GmbH (Garantis Verwaltungs GmbH).

Über das Vermögen der GARANTIS GmbH & Co. KG wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Dresden vom 12.4.2022 unter dem Az. 553/533 IN 1847/21 das Insolvenzverfahren eröffnet. Ausweislich einem von der Klägerin mit Schriftsatz vom 25.4.2023 zur Gerichtsakte eingereichten Tabellenauszug hat die Klägerin am 25.5.2022 eine Forderung in Höhe von insgesamt 9.608,29 €, die sich aus einem gegen die Insolvenzschuldnerin durch die Klägerin erwirkten Versäumnisurteil des Landgerichts Dresden vom 16.5.2021 ergibt, zur Tabelle angemeldet. Die Klägerin fordert nunmehr die Zahlung von Schadensersatz in Höhe von insgesamt 7.920,00 €, der sich aus dem ausgekehrten Darlehensbetrag i. H. v. 6.000 € und kapitalisierten Zinsen in Höhe von insgesamt 1.920,00 € zusammensetzt. Darüber hinaus begehrt die Klägerin die Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr den Betrag i. H. v. 7.920,00 € nebst Zinsen und den Verfahrenskosten aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung zu ersetzen.

Die Geschwister der Klägerin und Miterben nach dem verstorbenen Darlehensgeber haben ihre streitgegenständlichen Ansprüche gegen den Beklagten mit Erklärung vom 23.2.2020 an die Klägerin abgetreten.

Die WBS Finanzierungsservice GmbH hat ihre vertragliche Zinszahlungsverpflichtung gegenüber dem Darlehensgeber bis 31.12.2015 vollumfänglich erfüllt.

Die Klägerin trägt vor, der Beklagte hafte für den der Klägerin entstandenen Schaden, da er ein Einlagengeschäft angeboten habe, ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG besessen zu haben. Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass die Rangrücktrittsvereinbarung für den Darlehensvertrag nicht gelte, da sie als Allgemeine Geschäftsbedingung intransparent sei und sie unangemessen benachteilige.

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 7.9.2023 die Klage teilweise im Hinblick auf die geltend gemachten Vertragszinsen (1.920,00 Euro) zurückgenommen. Der Beklagte hat der Zurücknahme zugestimmt.

Zuletzt hat die Klägerin beantragt,

1. Den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag i. H. v. 6.000,00 €, zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 6.000,00 € ab Rechtshängigkeit der Klage zu zahlen.

2. Festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den Betrag i. H. v. 6.000,00 € nebst Zinsen und die Kosten des Verfahrens aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung zu ersetzen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben, wobei er der Auffassung ist, die Klägerin habe sich spätestens seit dem Ausbleiben der vereinbarten Zinszahlungen im Jahr 2018 so hinreichend mit den im Darlehensvertrag und den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Regelungen vertraut machen müssen, wobei ihr hiernach das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs gegenüber dem Beklagten hätte deutlich werden müssen. Der Beklagte tritt dem klägerischen Anspruch mit dem Argument entgegen, dass die Zeichnungsbedingungen

im Hinblick auf die Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts den rechtlichen Anforderungen an die Vereinbarung allgemeiner Geschäftsbedingungen Genüge tun würden, da diese transparent und nicht überraschend seien.

Was die fehlende Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG anbelangt, beruft sich der Beklagte auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum.

Im Hinblick auf den weiteren Sachvortrag der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist in dem im Tenor ausgewiesenen Umfang begründet.

1.) Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Auszahlung des von ihm im Frühjahr 2013 gezahlten Betrages von 60.000 € abzüglich erhaltener Zinszahlungen in Höhe von 4.762,52 Euro aus § 823 Abs. 2 BGB, § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 S. 1 KWG, § 31 BGB, § 1922 Abs. 1 BGB.

Der Beklagte hat mit dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages über das ratierte Nachrangdarlehen für die WBS Finanzservice GmbH gegen das Schutzgesetz des § 32 Abs. 1 KWG (vergleiche BGH, Urteil vom 21.4.2005 – III ZR 238/03, NJW 2005, 2703) verstoßen, wonach einer Erlaubnis der Aufsichtsbehörde bedarf, wer im Inland gewerbsmäßig Bankgeschäfte betreiben will.

Die WBS Finanzservice GmbH, deren vertretungsberechtigter Geschäftsführer (Art. 16 Abs. 1 VO (EWG) 2137/85) und mithin Geschäftsleiter im Sinne des § 1 Abs. 2 KWG der Beklagte war, hat ohne Erlaubnis ein Einlagengeschäft betrieben, § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 32 Abs. 1 S. 1 KWG.

Die Vereinbarung des Nachrangdarlehens und die Annahme der gezeichneten Beträge ist eine Annahme unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums und damit ein Einlagengeschäft.

Die Vereinbarung des gegenständlichen qualifizierten Nachrangdarlehens sieht zwar ausweislich des Inhalts des Zeichnungsscheins als auch des Inhalts der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Darlehensnehmerin, auf deren Geltung der Zeichnungsschein verweist, dort u. a. in § 5, keine unbedingte Rückzahlbarkeit vor.

Unbedingt rückzahlbar ist eine Zahlung nur dann, wenn die Verlustteilnahme ausgeschlossen ist. Ein qualifiziertes Nachrangdarlehen sieht aber gerade keine unbedingte Rückzahlbarkeit vor, sofern wie hier die Rückzahlung vom Erfolg des Unternehmens abhängt (vergleiche BGH, Urteil vom 10.2.2015 – VI ZR 569/13, NJW-RR 2015, 675 Rn. 15).

Um von einer nur bedingten Rückzahlbarkeit auszugehen, ist seit Inkrafttreten des Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetz (Gesetz vom 21.12.2004, BGBl. I. S. 3610) am 1.1.2005 die wirksame Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts erforderlich. Dieser erfordert, dass der Anspruch auf Rückzahlung so lange und insoweit ausgeschlossen wird, wie die Rückzahlung einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens darstellen würde (Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Schäfer, KWG § 1 Rn. 46; BT-Drs, 15/3641 S. 36).

Vorliegend steht der Wirksamkeit der Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts entgegen, dass sowohl die im Angebotsschreiben vom 16.5.2013 als auch in den allgemeinen Vertragsbedingungen der Darlehensnehmerin enthaltenen Darstellungen/Klauseln, wonach Ansprüche aus dem Nachrangdarlehen ausgeschlossen sein, sofern die Erfüllung einen Grund zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Darlehensnehmerin herbeiführen würde, nach

§ 305c Abs. 1 BGB überraschend intransparent und damit unwirksam sind.

Nachrangdarlehen, die eine Insolvenz verhindernde qualifizierte Nachrangklausel aufweisen, gehören, wie Genussrechte und stille Beteiligungen, zum grauen Kapitalmarkt. Denn Unternehmen, die rückzahlbare Publikumsgelder über qualifiziert nachrangige Anlageangebote einsammeln, brauchen hierfür keine Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), wenn hinreichend erkennbar ist, dass mit dem Insolvenz verhindernd qualifizierten Nachrang die Bedingung der Rückzahlbarkeit der angenommenen Gelder verbunden ist.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des streitbefangenen Nachrangdarlehens im Jahr 2013 unterlagen solche unverbrieften Nachrangdarlehen auch noch keiner gesetzlichen Prospektpflicht. Eine solche wurde erst später (2015) über das Kleinanlegerschutzgesetz bzw. das Vermögensanlagegesetz verpflichtend eingeführt. Demzufolge wurde der hier streitbefangene Darlehensvertrag auch ohne Übergabe eines (von der Beklagten bis dato nicht erstellten) Prospekts geschlossen. Offensichtlich ging der Abgabe des klägerischen Vertragsangebots ein Vermittlergespräch voraus.

Vorbenannte Umstände sind bei der Beantwortung der Frage, ob die in den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Beklagten enthaltene qualifizierte Nachrangklausel eine überraschende Klausel im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB darstellt, mitzuberücksichtigen.

Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass gerade Kleinanleger ohne Erfahrung in der Unternehmensfinanzierung oft nicht erkennen, dass sie mit Nachrangdarlehen, die vom Vertragswerk her relativ einfach wirken, eine unternehmerische Finanzierungsverantwortung übernehmen. Ein Darlehensgeber, der mit dem Darlehensnehmer einen qualifizierten Nachrang vereinbart hat, muss sich Kapital wie ein Gesellschafter auch und gerade dann in den Unternehmen belassen, wenn es in eine wirtschaftliche Schieflage gerät, während ein anderer Drittgläubiger sein Kapital eher abziehen würde. Der Anleger macht die Befriedigung seiner Ansprüche vom wirtschaftlichen Überleben des Geld annehmenden Unternehmens abhängig, auch außerhalb der Insolvenz. Sein Kapital haftet für andere Verbindlichkeiten des Unternehmens. Das ist ein anderes und deutlich höheres Risiko als das allgemeine Insolvenzausfallrisiko. Der Geldgeber spekuliert letztlich auf das wirtschaftliche Überleben des Unternehmens, ohne dass ihm die Informations- und Kontrollrechte eines Gesellschafters zustünden. Das Unternehmen kann das Nachrangkapital zugunsten anderer Gläubiger verbrauchen, ohne zunächst Insolvenz anmelden zu müssen (BaFin-Merkblatt; Publikationen und Daten, Stand: 1.8.2014).

Üblicherweise wird eine bestimmte Klausel dann als überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB eingestuft, wenn sie im Hinblick auf den typischen Inhalt des zwischen Verwender und Vertragspartner geschlossenen Vertrages nach den Gesamtumständen so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner vernünftigerweise nicht mit ihr rechnen musste (sogenannter Überraschungseffekt; BGH, Urteil vom 17.5.1982 – VII ZR 316/81).

Bei der Untersuchung, ob eine bestimmte Klausel überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB ist, kommt es zunächst auf die Frage an, von welchem Anlegerhorizont aus der Überraschungseffekt zu ermitteln ist. Vorliegend hat sich die Darlehensnehmerin mit ihrem Finanzierungswunsch über einen von ihr eingeschalteten Vermittler an ein allgemeines Publikum gewandt. Ein entsprechendes Vorgehen ist dem Unterzeichner aus Klagen auf Rückzahlung von Nachrangdarlehen gegenüber der nunmehr insolventen Darlehensnehmerin bekannt. Der Bundesgerichtshof hat bei der Ermittlung des rele-

vanten Anlegerhorizonts im Rahmen des § 305c Abs. 1 BGB in einem vergleichbaren Fall (nachrangiges Genussrecht; BGH in ZIP 2014, 1166, 1168 Rdz. 27) auf einen „durchschnittlichen Erwerber“ abgestellt.

Da mit der vorliegenden Vertragsgestaltung dem Anleger weder eine typische Gesellschafter- noch eine typische Darlehensgeberstellung eingeräumt werden sollte, muss ihm klar vor Augen geführt werden, wie sein mit der Darlehensvergabe verbundenes Risiko ausgestaltet ist. Das heißt es muss deutlich auf das – im Vergleich zu einem Normaldarlehen – erhöhte Risiko für den Darlehensgeber abgestellt werden. Die vertragliche Gestaltung darf nicht den Eindruck eines „normalen“ Kreditverhältnisses vermitteln. Dies gilt erst recht für eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, die nicht allein als Verteilungsregel im eröffneten Insolvenzverfahren Wirkung entfaltet. Gerade wegen ihrer weitergehenden Wirkung ist es hier in besonderem Maße erforderlich, dem Anleger das mit einer solchen Sperre verbundene Risiko zu verdeutlichen, welches in gewisser Hinsicht noch über das unternehmerische Risiko eines Gesellschafters hinausgeht.

Kann der Anleger sein Kapital vor Ablauf der vereinbarten Laufzeit des Darlehens nicht abziehen, wenn durch die Rückzahlung ein Insolvenzgrund geschaffen würde, dann wird durch eine solche Regel die Insolvenzeröffnung deutlich nach hinten verschoben. Damit wird dem Anleger ein unternehmerisches Verlustrisiko auferlegt, welches eigentlich nur das Eigenkapital trifft, ohne aber zugleich die korrespondierenden Informations- und Mitwirkungsrechte zu haben, die es ihm ermöglichen würden, auf die Realisierung jenes Risikos einzuwirken, insbesondere verlustbringende Geschäftstätigkeiten zu beenden, ehe das ganze eingebrachte Kapital verwirtschaftet ist.

Gemessen an diesen Grundsätzen ist die streitbefangene qualifizierte Nachrangklausel mit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre der Darlehensnehmerin als überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB anzusehen. Die Darlehensnehmerin hat sich mit ihren Angeboten auf Abschluss von Verträgen über Nachrangdarlehen an ein durch aus Kleinanlegern bestehendes Publikum gewandt und hierbei auch Vermittler eingeschaltet. Anders als bei einem für diese Art der Kapitalbeschaffung üblichen unternehmerischen Klientel als potenzielle Darlehensgeber ist es, wie dargelegt, erforderlich, die mit dem qualifizierten Nachrangdarlehen verbundenen Risiken ausführlichst darzustellen. Dies bedeutet zum einen, dass die Risikodarstellung im Vertragsformular textlich besonders hervorgehoben sein muss, damit auf deren Bedeutung im Verhältnis zum übrigen Vertragstext hingewiesen wird. Auch muss die Risikodarstellung ausreichend verständlich und konkret sein.

Diesen Anforderungen genügen das Vertragsformular und die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Darlehensnehmerin nicht.

Auf der ersten Seite des Vertragsformulars, das mit der Angebotsabgabe durch Unterschriftsleistung des Darlehensgebers endet, findet sich keinerlei Hinweis auf die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre. Das Darlehen wird lediglich als „Nachrangdarlehen“ bezeichnet. Die Hinweise auf der Rückseite des Formblatts wie auch die Darstellungen in den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Darlehensnehmerin sind vom übrigen Vertragstext nicht ausreichend deutlich abgehoben, um ausreichend augenfällig auf die gebotene Risikodarstellung aufmerksam zu machen. Auch wird das auf den Darlehensgeber fallende Risiko nicht ausreichend klar dargestellt. Als deutliche und insoweit ausreichende Darstellung eines qualifizierten Nachrangs mit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre wird in der Literatur folgender Inhalt für geboten er-

achtet (Georg Bitter, Aufsatz in ZIP 2015, Seite 345 ff.): „Das Risiko dieser Geldanlage ist im Vergleich zum allgemeinen Insolvenzzisiko deutlich erhöht. Die Geschäftsleitung ist in der Lage, das Nachrangkapital komplett zugunsten anderer Gläubiger zu verbrauchen, ohne Insolvenz anzumelden 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.“

Von einer derart klaren und hervorgehobenen Erläuterung des Risikos ist der Inhalt der streitbefangenen Allgemeinen Vertragsbedingungen der Darlehensnehmerin weit entfernt.

Die qualifizierte Nachrangklausel mit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre ist auch deshalb AGB-rechtlich unwirksam, weil sie den Anforderungen des Transparenzgebotes (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht genügt und den Darlehensgeber als Nichtgesellschafter unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 und 2 BGB).

Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragsgegners daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Dies gilt auch für Bestimmungen zu den Hauptleistungspflichten (§ 307 Abs. 3 S. 2 BGB; BGH, Urteil vom 06. Dezember 2018 – IX ZR 143/17, WM 2019, 592 Rdnr. 35).

Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, die Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen (BGH, Urteil vom 17. Juli 2018 – VI ZR 274/17, Versicherungsrecht 2018, 1460 Rdnr. 9). Er muss einerseits die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen (Ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2015 – VIII ZR 104/14, WM 2015, 1487, 16 m. w. N.).

Der Vertragspartner soll andererseits ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte und Pflichten feststellen können, damit er die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen bei Vertragsabschluss hinreichend erfassen kann und nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Der Vertragspartner soll unter anderem davor geschützt werden, infolge falscher Vorstellungen über die angebotene Leistung zu einem unangemessenen Vertragsabschluss verleitet zu werden. Die eindeutige und durchschaubare Vermittlung der mit einem beabsichtigten Vertragsschluss verbundenen Rechte und Pflichten ist Voraussetzung für eine informative Sachentscheidung. Die Klausel muss deshalb nicht nur in ihrer Formulierung verständlich sein, sondern auch die mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit wie möglich verdeutlichen. Eine Intransparenz kann sich nicht nur bei einzelnen Klauseln aus ihrer inhaltlichen Unklarheit, mangelnden Verständlichkeit oder der unzureichenden Erkennbarkeit der Konsequenzen ergeben, sondern auch aus der Gesamtregelung.

Abzustellen ist dabei auf die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der regelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden (BGH, Urteil vom 1.10.2019 – VI ZR 156/18, BB 2019, 2960 bis 2963).

Da die Darlehensnehmerin ihre Darlehensverträge Privatleuten angeboten hat, musste sie ihre Allgemeinen Vertragsbedingungen so gestalten, dass auch juristisch und kaufmännisch nicht vorgebildete Kunden sie ohne besondere Erläuterungen verstehen können (BGH, a.a.O.).

Diesen Anforderungen genügt die vorliegende qualifizierte Nachrangklausel mit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre gerade nicht. Sie verdeutlicht dem juristisch und kaufmännisch

nicht vorgebildeten Durchschnittskunden die rechtliche Tragweite der getroffenen qualifizierten Nachrangabrede mit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre und der mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Nachteile nicht in ausreichendem Maße. Die von der Darlehensnehmerin verwendeten Vertragsformulare zielen auf den Abschluss qualifizierter Nachrangdarlehen ab. In dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages über das Nachrangdarlehen werden zunächst die typischen Vertragspflichten eines (Privat-)Darlehens aufgeführt. Das Darlehen wird damit beschrieben, dass der Kunde der Darlehensnehmerin einen bestimmten Darlehensbetrag für eine feste Laufzeit gegen Zahlung von Zinsen überlässt. Dem Kunden werden vier Varianten der Zins- und Rückzahlung zur Wahl gestellt, wobei die Laufzeiten von 36 Monaten bis 180 Monaten und die Zinssätze von 4% p. a. (36 Monate) bis 8% p. a. (180 Monate) variieren. Die Rückzahlung der Darlehensvaluta soll jeweils am Ende der Laufzeit erfolgen, während die Zinszahlungen jährlich zum 15. Dezember als vereinbart gelten.

In dem durch Unterschrift des Darlehensgebers abgeschlossenen Vertragsangebotsformblattes ist der Umstand der Nachrangigkeit des Darlehens ausschließlich durch die verwendeten Begrifflichkeiten „Nachrangdarlehen“ und „nachrangige Zins- und Rückzahlung“ umschrieben. Die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre ist zur Gänze im eigentlichen Vertragsangebot nicht dargestellt. Diese findet sich erst auf der Rückseite des Angebots unter der Rubrik „Belehrung und Information“.

Die mit der Verwendung der streitgegenständlichen qualifizierten Nachrangklausel mit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre verbundenen und im Urteil bereits dargestellten besonderen Risiken erschließen sich einem durchschnittlichen Privatanleger ohne juristische und kaufmännische Vorbildung im Antragsformular der Darlehensnehmerin nicht. Weder in den im Antragsformular aufgeführten Hinweisen noch in den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Darlehensnehmerin dargelegten Klauseln zur Geltung eines qualifizierten Nachrangs werden die weitreichenden Auswirkungen der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre hinreichend deutlich erläutert. Die Bestimmung macht nicht ausreichend klar und verständlich, dass der Darlehensgeber mit der Auskehr der Darlehensvaluta ein über das allgemeine Insolvenzzisiko hinausgehendes unternehmerisches Risiko übernimmt, dessen Realisierung er mangels Mitwirkungs- und Kontrollrechten in keiner Weise beeinflussen kann. Aufgrund der im Angebotsformular einzig im Vordergrund stehenden Varianten der Zins- und Rückzahlung tritt für die angesprochenen Verkehrskreise auch nicht hinreichend zutage, dass es zu einer dauerhaften Aussetzung jeglicher Zahlung kommen kann.

Im Übrigen folgt das Gericht der in der Literatur vertretenen Rechtsansicht (Georg Bitter, Aufsatz über AGB-rechtliche Grenzen der Hybridisierung von Fremdkapitalinstrumenten in ZIP 2015, 345 ff.), wonach wegen einer fehlenden Ausstiegsoption des Kapitalgebers die Vereinbarung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre mit einem Nichtgesellschafter fast immer als unangemessene Benachteiligung angesehen werden muss, wenn sie – wie hier – umfassend gilt, sich also nicht auf einen bestimmten Zeitraum der Liquiditätsbeschaffung durch die Geschäftsführung der Darlehensnehmerin beschränkt.

Diese Regelung ermöglicht es der Darlehensnehmerin und Klauselverwenderin, Kapital ohne Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) einzusammeln, da ein erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft nach § 32 Abs. 1 1 KWG mangels eines unbedingt rückzahlbaren Anspruchs nicht gegeben ist (Gehrelein, WM 2017, 1385). Zugleich dient der qualifizierte Rangrücktritt dem Zweck, dem Eintritt der Überschuldung vorzubeugen. Bei einer formulärmäßigen Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts wird der durch §§ 32 11, 1 Abs. 1 2 Nr. 1 Var. 2 KWG bewirkte Schutz des Publikums

vor Verlusten von Vermögensanlagen ausgehöhlt (Gehrlein, WM 2017 [1389]).

Allerdings ist auch zu sehen, dass die Vorschrift des § 39 Abs. 2 InsO eine privatautonome Vereinbarung über den Rangrücktritt von Forderungen gestattet. Mit einer solchen Vereinbarung wird eine von den allgemeinen insolvenzrechtlichen Bestimmungen abweichende Regelung hinsichtlich des Anspruchs auf Darlehensrückzahlung getroffen. Die angemeldeten Forderungen sind gem. §§ 38, 174 Abs. 1 InsO im Grundsatz gleichrangig und damit gleichmäßig zu befriedigen.

Damit weicht die vorliegende Nachrangabrede zum Nachteil der Klägerin von dem gesetzlichen Leitbild der Gläubigergleichbehandlung ab (BGH, NJW-RR 2014, 937 = DStR 2014, NZI 2014,503 Rn. 20).

Durch den vorliegend qualifizierten Nachrang erleidet die Klägerin schwerwiegende Nachteile: Die Forderung tritt bereits in einer Krise der Darlehensnehmerin vorinsolvenzlich hinter die Forderung anderer Gläubiger zurück (BGHZ 204, 231 = DStR 2015, 767 = NJW 2015, 1672 = NZG 2015, 1121 = NZI 2015, 315 Rn. 16 ff., 22 ff.). Der Nachrang kann dazu führen, dass die Rückzahlung des Darlehens in Folge der unüberwindbaren wirtschaftlichen Krise der Darlehensnehmerin auf Dauer nicht verlangt werden kann. Solange sich die Darlehensnehmerin in der Krise befindet, kann die Nachrangabrede wegen der den übrigen Gläubigern vermittelten Rechtsposition nicht ohne deren Mitwirkung rechtsgeschäftlich aufgehoben werden. Zugleich wird das selbst dem Gesellschafter in der Krise seines Unternehmens nicht verwehrte außerordentliche Kündigungsrecht des Darlehensgebers gem. § 490 Abs. 1 BGB beeinträchtigt, weil eine Kündigung nicht mehr zur Folge hat, dass der Rückzahlungsanspruch auch fällig und durchsetzbar wird (Bitter, ZIP 2015, 345 [345]). Da ein mit einem qualifizierten Rangrücktritt versehenes Darlehen nicht die Insolvenz des Darlehensnehmers auslösen darf, ist der Darlehensgeber auch gehindert, gegen den Darlehensnehmer einen Insolvenzantrag gem. §§ 13, 14 InsO zu stellen. Damit wird das Nachrangdarlehen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung angenähert, ohne dass dem Darlehensgeber die einem Gesellschafter bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens eröffneten Informationsrechte gem. § 49 Abs. 3 GmbHG, § 92 Abs. 1 AktG zustehen (Poelzig, WM 2014, 917 [925]; Gehrlein, WM 2017, 1385 [1389 f.]).

Die vorgenannten Nachteile werden auch nicht dadurch ausreichend kompensiert, dass die Klägerin für die Gewährung des mit dem qualifizierten Nachrang verbundenen Darlehens eine besonders hohe Vergütung erhalten soll. Eine unbillige Klausel kann nicht mit Rücksicht auf besondere „Gewinnchancen“ gerechtfertigt werden (BGH, NJW-RR 1996, 1009 = WM 1996, 2018 = NJW 1996, 3151 Ls.; Gehrlein, WM 2017, 1385 [1390], zu allem siehe OLG München, Urteil vom 25.4.2018 – 13 U 2823/17)

2.) Die subjektiven Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB, § 32 Abs. 1 S. 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 2 KWG sind in der Person des Beklagten erfüllt. Wer entgegen § 32 Abs. 1 S. 1 KWG ohne entsprechende Erlaubnis Bankgeschäfte erbringt, macht sich bei fahrlässigem oder vorsätzlichem Handeln gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 2 KWG strafbar. Wirken die Geschäfte berichtigend und verpflichtend für eine juristische Person wie hier die Insolvenzschuldnerin, so ist diese zivilrechtlich der Betreiber der Geschäfte. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit ergibt sich aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Sie trifft denjenigen, der in organschaftlicher Stellung für die juristische Person tätig ist, bei einer GmbH mithin gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG den oder die Geschäftsführer (BGH, Urteil vom 15.5.2012 – VI ZR 166/11 in WM 2012 S. 1333, Rn. 19, BGHZ 197 S. 1 Rn. 30,32).

Der Beklagte unterlag keinem unvermeidbaren Verbotsirrtum. Hält der Täter seine Geschäfte für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, so stellt dies nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung aus strafrechtlicher Sicht einen Verbotsirrtum i. S. v. § 17 StGB dar. Mangels Unrechtsbewusstsein unterliegt der Täter einem Verbotsirrtum auch dann, wenn er bei Begehung der Tat die Möglichkeit, Unrecht zu tun, zwar nicht ausschließen kann, sie aber nicht billigend in Kauf nimmt. Zivilrechtlich scheidet in einem solchen Fall eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB aus (BGH, Urteil vom 16.5.2017 – VI ZR 266/16, NJW 2017, S. 2463, Rn. 16).

Vorliegend gilt, dass die Formulierung der Darlehensbedingungen und die Ausgestaltung des Angebots zum Abschluss des Vertrages über das ratierliche Nachrangdarlehen wissenschaftlich und mit Billigung des Beklagten verwendet wurden, § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG.

Einem vorsätzlichen Handeln des Beklagten steht nicht entgegen, dass die Darlehensverträge durch einen Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht für einen Dritten erstellt und ab 2013 vom Beklagten inhaltsgleich übernommen und verwendet worden sein sollen. Einem vorsätzlichen Handeln steht auch nicht entgegen, dass der Beklagte die Darlehensverträge durch einen weiteren Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht nochmals überprüfen lassen haben will. Letztlich steht einem vorsätzlichen Handeln des Beklagten auch nicht entgegen, dass dieser darauf vertraut haben könnte, dass die Bundesbank als auch die BaFin die Darlehensverträge mehrmals beanstandungsfrei überprüft haben sollen.

Ein Verbotsirrtum ist i. S. v. § 17 S. 1 StGB unvermeidbar, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumuteten Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige nicht zu gewinnen vermochte.

Etwa aufkommende Zweifel sind erforderlichenfalls durch Einholung einer verlässlichen und sachkundigen Auskunft zu beseitigen. Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich sein; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben. Eine Auskunft ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist. Bei der Auskunftsperson ist dies der Fall, wenn sie die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet. Hinzu kommt, dass der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen darf. Maßgebend sind die jeweils konkreten Umstände, insbesondere seine Verhältnisse und Persönlichkeit; daher ist z. B. seine berufliche Stellung zu berücksichtigen. Das Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat vermag somit nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Täters zu begründen. Wendet sich der Täter an einen auf dem betreffenden Rechtsgebiet versierten Anwalt, so hat er damit zwar vielfach das zunächst Gebotene getan. Jedoch ist weiter erforderlich, dass der Täter auf die Richtigkeit der Auskunft nach den für ihn erkennbaren Umständen vertrauen darf. Dies ist nicht der Fall, wenn die Unerlaubtheit des Tuns für ihn bei auch nur mäßiger Anspannung von Verstand und Gewissen leicht erkennbar ist oder er nicht mehr als eine Hoffnung haben kann, das ihm bekannte Strafgesetz greife hier noch nicht ein. Daher darf der Täter sich auf die Auffassung eines Rechtsanwalts etwa nicht allein deswegen verlassen, weil sie seinem Vorhaben günstig ist. Eher zur Absicherung als zur Klärung bestellte Gefälligkeitsgutachten scheiden als Grundlage unvermeidbare Verbotsirrtümer aus. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind oder nach dem Willen des Antragenden

lediglich eine Feigenblattfunktion erfüllen sollen, können den Täter ebenfalls nicht entlasten. Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen. Dagegen ist die Aussagekraft eine Auskunft beschränkt, wenn sie nur einzelne rechtliche Aspekte umfasst (zum Ganzen: BGH, Urteil vom 16.5.2017 – VI ZR 266/16-NJW 2017, 2463 Rn. 28–30, mit weiteren Nachweisen).

Ausgehend von diesen Maßstäben hat der Beklagte seiner Darlegungslast hinsichtlich des Vorliegens eines Verbotsirrtums nicht Genüge getan. Den Vortrag des Beklagten als wahr unterstellt, er habe die vorformulierten Vertragsbedingungen von einem Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht übernommen, die dieser für einen Dritten erstattet haben will und anschließend nochmals durch einen Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht überprüfen lassen, rechtfertigt nicht die Annahme, der Beklagte habe sich in einem den Vorsatz ausschließenden Verbotsirrtum befunden.

Unabhängig davon, dass dem Vortrag des Beklagten ohnehin kein einer zulässigen Beweisaufnahme innewohnender überprüfbarer Tatsachenkern zukommt, würde ausschließlich das Vertrauen auf rechtsanwaltlichen Rat – so denn ein solcher Rat ausdrücklich eingeholt worden wäre – nicht in jedem Fall und so auch nicht vorliegend einen unvermeidbaren Verbotsirrtum begründen.

Die Beurteilung, ein Verbotsirrtum sei infolge eines vom Täter eingeholten anwaltlichen Rates unvermeidbar gewesen, setzt hinreichende Feststellungen zu Anlass, Zweck und Inhalt des dem Rechtsanwalt erteilten Auftrages sowie zu dem ersichtlichen Gehalt und den Begleitumständen der anwaltlichen Überprüfung voraus (BGH, Urteil vom 27.6.2017 – VI ZR 424/16, NJW-RR 2017, 1004).

Eine solche Beratung hat der Beklagte nicht dargelegt. Es bleibt offen, ob der Beklagte überhaupt mit dem Fachanwalt für Bank- und Kapitalanlagerecht, der die Vertragsbedingungen für einen Dritten erstellt haben soll, in persönlichen Kontakt getreten ist. Offen bleibt auch, welchen Rat ihm der Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, bei dem der Beklagte die Überprüfung der Darlehensbedingungen angefordert haben will, gegeben und welche Prüfungen dieser Fachanwalt vorgenommen hat. Auch hat der Beklagte gerade kein detailliertes, schriftliches Gutachten eingeholt, was hinsichtlich der Komplexität der Rechtslage aber erforderlich gewesen wäre.

Dass dem § 32 Abs. 1 S. 1 KWG Schutzgesetzcharakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zukommt, hat der BGH bereits mit Urteil vom 21.4.2005 (WM 2005, 1217–1219) ausgesprochen.

In der Gesellschaftsrechtspraxis wurde die Thematik, dass das Bankaufsichtsrecht insbesondere die Möglichkeiten der Unternehmensfinanzierung durch Aufnahme von Fremdkapital von nicht institutionellen Anlegern grundsätzlich erlaubnispflichtig macht und daher begrenzt, lange vor 2013 diskutiert. Dies betrifft insbesondere die Problematik der als qualifizierten Nachrang durch allgemeine Vertragsbedingungen geforderten Beschränkung der Geltendmachung eines Rückzahlungsanspruchs.

Da der Beklagte nach seinem eigenen Vorbringen um Rechtsrat nachgesucht haben will, ist davon auszugehen, dass ihm die vorgenannte Problematik im Hinblick auf eine möglicherweise erforderliche Erlaubnis durch die BaFin bekannt war.

Die von ihm behaupteten Bemühungen waren indes nicht ausreichend. Das Vertrauen auf rechtsanwaltlichen Rat vermag vorliegend nicht einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen.

Gleiches gilt auch für die Behauptung, der Beklagte habe darauf vertraut, die Bundesbank als auch die BaFin hätten die von der Insolvenzschriftstellerin verwendeten inhaltsgleichen Darlehensverträge mehrmals beanstandungsfrei überprüft, Zunächst gilt auch hier, dass dem Vortrag des Beklagten kein für die Durchführung einer zulässigen Beweisaufnahme überprüfbarer Tatsachenkern zukommt. Ob, wann, wer, wo seitens der Bundesbank oder der BaFin die Darlehensbedingungen der Insolvenzschriftstellerin auf deren Wirksamkeit überprüft haben sollen, ist im Einzelnen vom Beklagten gerade nicht dargelegt. Selbiges ergibt sich auch nicht aus den vom Beklagten zur Gerichtsakte gereichten Unterlagen. Dass die BaFin oder die Bundesbank die von der Insolvenzschriftstellerin ab 2013 vertriebenen Darlehen im Hinblick auf deren qualifizierte Nachrangabrede als unbedenklich eingeschätzt hätten, ist weder ersichtlich noch kommt selbiges im Anschreiben der BaFin vom 12.11.2015 (Anl. B2) zum Ausdruck. Im Gegenteil. Im Schreiben vom 12.11.2015 weist die BaFin die Insolvenzschriftstellerin ausdrücklich auf das Erfordernis einer ausreichend deutlich werdenden Information der Anleger im Hinblick auf das Risiko der Haftung der Anlage hin. Dass die Darstellung der Insolvenzschriftstellerin im Zeichnungsschein und in den allgemeinen Vertragsbedingungen eine solche ausreichende Information enthielte, ist dem Schreiben der BaFin vom 12.11.2015 nicht zu entnehmen. Es ist auch weder Aufgabe der BaFin noch der Bundesbank, die Anlagebedingungen von Gesellschaften, die qualifizierte Nachrangdarlehen vertreiben, auf ihre Gesetzeskonformität hin zu überprüfen.

3.) Die Klägerin hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihr nicht entstanden wäre, wenn sie von dem Abschluss des Darlehensvertrages Abstand genommen hätte. Die Rückzahlung der Einlage ist um die erhaltenen Zinszahlungen zu kürzen. Mithin ergibt sich ein Betrag in Höhe 4.762,52 EURO (6.000 € minus 1.237,48 Euro). Der Darlehensgeber hat unstreitig bis einschließlich 31.12.2015 Zinszahlungen von der WBS Finanzierungsservice GmbH erhalten. Für den Zeitraum der Darlehensvergabe am 3.6.2013 bis zum 31.12.2015 summieren sich diese Zinszahlungen bei einem Jahreszins von 8% auf 6.000,00 Euro auf 1.237,48 Euro.

4.) Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ist nicht verjährt. Die maßgebliche Verjährungsfrist beträgt gemäß § 195 BGB 3 Jahre und beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und die Klägerin von den anspruchsbegründenden Tatsachen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Der Beklagte als Schuldner hat die Kenntnis bzw. die grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin im Hinblick auf das Bestehen der Voraussetzungen für den streitbefangenen Schadensersatzanspruch darzutun und zu beweisen (Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 199 Rn. 14). Der Beklagte ist bereits seiner Darlegungslast nicht in einem erforderlichen Umfang nachgekommen, soweit er ausschließlich vorträgt, die Einstellung der Zinszahlungen durch die Darlehensnehmerin gegenüber der Klägerin hätten für die Klägerin Anlass geboten, naheliegende Überlegungen anzustellen und die streitbefangene Zeichnung kritisch zu hinterfragen, zumal ihr mit Erhalt der vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen der Insolvenzschriftstellerin vor Vertragsabschluss die Möglichkeit eingeräumt worden sei, sich mit diesen Regelungen hinreichend zu beschäftigen. Diese Darstellung trägt nicht die Annahme für das Vorliegen einer bei der Klägerin bereits im Jahr 2018 gegebenen Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen und der Person des Schuldners. Die Darstellung des Beklagten enthält keinerlei Erklärungen dahingehend, dass der Kläger ob seiner persönlichen Befähigungen in der Lage gewesen wäre, ohne Zuhilfenahme anwaltlichen Rats Kenntnis von den Anspruchs-

voraussetzungen zu erhalten, will doch der Beklagte selbst auf eine fehlende Erlaubnispflicht der streitgegenständlichen Darlehensgewährung vertraut haben.

Es ist somit davon auszugehen, dass die Verjährung hier erst mit dem Schluss des Jahres 2022, in welchem die Klägerin erstmals Rechtsrat bei ihrer Prozessbevollmächtigten eingeholt hatte, zu laufen begonnen hat. Erst ab diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen. Zwar ist die rechtlich zutreffende Einordnung der bekannten Tatsachen für den Beginn der Verjährung grundsätzlich nicht erforderlich (Grüneberg/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2022, § 199 Rn. 27). Anders ist es jedoch, wenn der Rechtsirrtum in der Sache einer fehlenden Tatsachenkenntnis gleichzustellen ist, weil er den Gläubiger in gleichem Maße hindert, den Anspruch geltend zu machen (vergleiche Münchener Kommentar zum BGB, Grothe, 9. Aufl. 2021, § 199, Rn. 79). Dies ist hier in Bezug auf die zutreffende Einordnung der von der Klägerin vorgenommenen Anlage als Einlagengeschäft i. S. v. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KWG der Fall, denn hier ist die zutreffende rechtliche Einordnung gleichbedeutend mit der Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen. Die Annahme eines früheren Verjährungsbeginns liefe darauf hinaus, der Klägerin die Obliegenheit aufzubürden, nach Vertragsschluss die von ihr vorgenommene Anlage daraufhin begutachten zu lassen, ob ein nach dem KWG erlaubnispflichtiges Geschäft vorliegt, obwohl hierfür aus Sicht der Klägerin zu jenem Zeitpunkt kein Anlass bestand. Dies würde die an die Klägerin zu stellenden Sorgfaltsanforderungen überspannen, zumal nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB lediglich grob fahrlässige Unkenntnis den Verjährungsbeginn auslöst.

5.) Der Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung ist zulässig und begründet. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus den Vorteilen, die die Klägerin in der anschließenden Zwangsvollstreckung (§ 850f Abs. 2 ZPO) und womöglich vorwirkend auch bei späterer Insolvenz des Beklagten (vergleiche §§ 302 Nr. 1, 174 Abs. 2 InsO) haben kann. Die Ausgestaltung des Angebots zum Abschluss eines Vertrags über das raterliche Nachrangdarlehen für die WBS Finanzservice GmbH und die Formulierungen in

den allgemeinen Vertragsbedingungen sind wissentlich und mit Billigung des Beklagten verwendet worden, § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG. Einem vorsätzlichen Handeln des Beklagten steht nicht entgegen, dass der Beklagte hinsichtlich der Wirksamkeit der von ihm verwendeten Vertragsklauseln einem Rechtsirrtum unterlegen ist, der nicht vermeidbar gewesen wäre. Hierzu wurde in Ziff. I. 2 des Urteils bereits vorgetragen.

6.) Die Klägerin hat Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen ab Rechtsähnlichkeit (§§ 286, 288 BGB).

7.) Über den geltend gemachten Zinsschadens (1.920,00 €) war infolge der Klagerücknahme nicht zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO.

Da die Klägerin wohl vorrangig Vertragszinsen und alternativ entgangenen Gewinn einfordert, ist bei der Bemessung des Streitwerts und damit bei der Festlegung des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens der Parteien dieser klägerischen Teilforderung ein eigenständiger Teilstreitwert von 30.128,22 € zuzuerkennen.

Auch dann, wenn der geltend gemachte entgangene Gewinn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als streitwertneutrale Nebenforderung anzusehen ist, wäre der Umstand, dass die Klage insoweit abzuweisen ist und die Klägerin insoweit anteilig unterliegt, bei der Kostenquotelung zu berücksichtigen. Ohne Weiteres kann ein Unterliegen bei einer Nebenforderung in die Betrachtung des gegenseitigen Obsiegens und Unterliegens einbezogen werden (BGH NJW 19 88, 2173). Wegen der Höhe der Forderung ist dies im Streitfall auch gerechtfertigt.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

Der Streitwert beträgt 7.920,00 €.

Anlass, dem Beklagtenvertreter gesondert Schriftsatzrecht zu gerichtlich erteilten Hinweisen zu gewähren, bestand nicht.

Das Gericht hat im Vorfeld der mündlichen Verhandlung umfangreich gerichtliche Hinweise erteilt. Neue Hinweise, die einer gesonderten Stellungnahme bedürften, wurden in der mündlichen Verhandlung nicht ausgesprochen.

Kommentare

Rechtsanwalt *Sascha Borowski*, Düsseldorf*

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.7.2023 – IX ZR 267/20

Der BGH stellt in der hier besprochenen Entscheidung unmissverständlich klar, dass die Musterfeststellungsklage gegen den Insolvenzverwalter grundsätzlich zulässig ist. Insoweit schließt sich der IX. Zivilsenat der Vorinstanz des OLG München an.

I. Zulässigkeit der Musterfeststellungsklage gegen den Insolvenzverwalter

Beklagter der Musterfeststellungsklage kann nur ein Unternehmer, nicht jedoch ein Verbraucher sein. Entscheidend ist, dass die Schuldnerin Unternehmerin ist; ob der Insolvenzverwalter als Unternehmer iSd § 606 Abs. 1 S. 1 ZPO a.F. anzusehen ist, kann zu Recht dahinstehen. Nach § 80 InsO geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und somit auch die

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. III.