

AGB-Kontrolle von Rangrücktrittsvereinbarungen

BGH: Keine AGB-Inhaltskontrollen bei Rangrücktritt



Der Bundesgerichtshof (BGH) sorgt für Klarheit: Nachrangabreden unterliegen nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle.



[AGB-Kontrolle von Rangrücktrittsvereinbarungen](#)

...

Nachrangabreden spielen eine große Rolle

Rangrücktritte spielen in der Finanzierungspraxis eine erhebliche praktische Rolle. Ein wesentlicher Faktor hierfür ist, dass Nachrangdarlehen mit einem qualifizierten Rangrücktritt unter Beachtung der von der BaFin aufgestellten

<https://ifsbr.de/tag/nachrangdarlehen/>

Anforderungen kein erlaub-nispflichtiges Kreditgeschäft nach dem Kreditwesengesetz darstellen. Voraussetzung für die Ausnahme von der Erlaubnispflicht ist allerdings die zivilrechtliche Wirksamkeit der Nachrangabrede. Daneben bilden Nachrangdarlehen aber auch einen wesentli-chen Baustein zur Sanierung in die Krise geratener Unternehmen.

Insbesondere spielen Rangrücktritte eine entscheidende Rolle zur Vermeidung einer Insolvenzantragspflicht (vgl. [§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO](#)):

Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.

Doch unzulässige AGB? Die OLG-Entscheidungen aus dem Jahr 2018

2018 hatte eine Entscheidung des OLG München im Markt für große Verunsicherung gesorgt (Urteil vom 25. April 2018, 13 U 2823/17). Dieses entschied im Leitsatz: „Die in AGB enthaltene Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts für einen Darlehens-rückzahlungsanspruch kann als unangemessene

<https://ifsbr.de/tag/nachrangdarlehen/>

Benachteiligung unwirksam sein.“ In der Fachwelt wurde das Urteil mit großer Besorgnis aufgegriffen. Teilweise war von einer „Zäsur für die Gestaltung von Mezzanine-Finanzierungen“ zu lesen.

Das OLG München führte folgendes aus:

*Die Regelung des qualifizierten Rangrücktritts in § 5 des Vertrags vom 10.5.2012 stellt jedenfalls eine **unangemessene Benachteiligung** des Kl. iSd § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Diese Regelung ist deshalb unwirksam.*

*Die in § 5 enthaltene qualifizierte Rangrücktrittsabrede ist **nicht als Beschreibung der Hauptleistung gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB anzusehen und deshalb der Inhaltskontrolle entzogen**. Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB auf solche Klauseln beschränkt, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Inhaltskontrolle entzogen sind Abreden, die ihrer Art nach nicht der Regelung durch Gesetz oder durch andere Rechtsvorschriften unterliegen, sondern von den Vertragspartnern festgelegt werden müssen. Damit scheiden als Prüfungsgegenstand ua Abreden aus, die Art und Umfang der vertraglichen Leistungspflichten unmittelbar regeln (BGH, NJW 2010, NJW Jahr 2010 Seite 150 = MMR 2010, MMR Jahr 2010 Seite 90 Rn. MMR Jahr 2010 Seite 90 Randnummer 22). Klauseln, an deren Stelle bei Unwirksamkeit dispositives Gesetzesrecht oder durch ergänzende Auslegung gefundenes Vertragsrecht treten kann, weil sie das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben und nach*

<https://ifsbr.de/tag/nachrangdarlehen/>

der Verkehrssitte geschuldeten Leistung verändern oder aushöhlen, ja sogar nur ausgestalten oder modifizieren, gehören dagegen nicht zur Leistungsbeschreibung und unterliegen deshalb auch der Inhaltskontrolle. Damit bleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (BGH, BGHZ 127, 35; Gehrlein, WM 2017, 1385).

Vorliegend ist die qualifizierte Nachrangklausel in § 5 nicht als Abrede über den Gegenstand der Hauptleistung gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen. Denn sie modifiziert bei der Gewährung von Fremdkapital in Form eines Darlehens den Rückzahlungsanspruch, für welchen als gesetzliche Grundlage die schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 488 Abs. 1 Satz 2, 490 BGB gelten. Da an die Stelle der beanstandeten Klausel mithilfe des Rückgriffs auf §§ 488 Abs. 1 Satz 2, 490 BGB dispositives Gesetzesrecht treten kann, liegt keine bloße Leistungsbeschreibung vor. Als Zahlungsbedingung und Fälligkeitsklausel ist die Nachrangabrede deshalb kontrollfähig (BGH, BGHZ 93,358). Von der für die Rückzahlung eines Darlehens geltenden gesetzlichen Fälligkeits- und Kündigungsregelung weicht die Klausel ab, weil sie den Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers insbesondere bei einem Vermögensverfall des Darlehensnehmers einschränkt. Auch ohne die Regelung liegt ein wirksamer Vertrag vor, dessen wesentlicher Inhalt bestimmbar ist. Da die Nachrangklausel den Charakter des Darlehensrückzahlungsanspruchs grundlegend umgestaltet, kann

<https://ifsbr.de/tag/nachrangdarlehen/>

von einer nicht kontrollfähigen bloßen Produktbeschreibung keine Rede sein (Gehrlein, WM 2017, 1385; Poelzig, WM 2014, 917).

Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine unangemessene Benachteiligung im Sinn des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB erst dann gegeben, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich Eigeninteressen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (BGH, NJW 2010, 57). Zur Beurteilung, ob eine solche unangemessene Benachteiligung vorliegt, bedarf es einer umfassenden Würdigung, die die Art des konkreten Vertrags, die typischen Interessen beider Parteien, die Anschauung der beteiligten Verkehrskreise und die sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung ergebenden Bewertungskriterien einzubeziehen hat (BGH, NJW 2010, 2793).

*Die umfassende Würdigung des Senats führt dazu, dass vorliegend die Regelung des qualifizierten Rangrücktritts in § 5 des streitgegenständlichen Vertrags den Kl. **unangemessen** gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB benachteiligt.*

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 Satz 1 KWG mangels eines unbedingt rückzahlbaren Anspruchs nicht gegeben ist (Gehrlein, WM 2017, 1385). Zugleich dient der qualifizierte Rangrücktritt dem Zweck, dem Eintritt der

<https://ifsbr.de/tag/nachrangdarlehen/>

Überschuldung vorzubeugen. Bei einer formularmäßigen Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts wird der durch §§ 32 Abs. 1 Satz 1, 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Var. 2 KWG bewirkte Schutz des Publikums vor Verlusten von Vermögensanlagen ausgehöhlt (Gehrlein, WM 2017, 1385).

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 des Kl. von dem gesetzlichen Leitbild der Gläubigergleichbehandlung ab (BGH, NJW-RR 2014, 937).

Durch den vorliegend vereinbarten qualifizierten Nachrang erleidet der Kl. **schwerwiegende Nachteile**: Die Forderung tritt bereits in einer Krise der Darlehensnehmerin vorinsolvenzlich hinter die Forderung anderer Gläubiger zurück (BGH, BGHZ 204, 231). 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

<https://ifsbr.de/tag/nachrangdarlehen/>

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). 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; Gehrlein, WM 2017, 1385).

Die vorgenannten Nachteile werden auch nicht dadurch ausreichend kompensiert, dass der Kl. 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).

Die Rechtsfolge: Die Nachrangabrede ist unwirksam, während die restliche Darlehensvereinbarung wirksam bleibt ([§ 306 BGB](#)). Damit besteht ein nicht-nachrangiges Darlehen - der worst-case für die Erlaubnispflicht nach [§ 32 KWG](#) und Insolvenzantragspflichten.

Die BGH-Entscheidung vom 6. Dezember 2018

Am 25. März 2019 wurde auf der Homepage des Bundesgerichtshofs (BGH) ein wegweisendes Urteil veröffentlicht ([Urteil vom 6. Dezember 2018, IX ZR 143/17 \[zum Volltext hier klicken\]](#)).

Die entscheidenden Leitsätze des BGH:

Eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Nachrangdarlehens geregelte vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (qualifizierter Rangrücktritt), nach welcher Rückzahlungs- und Zinsansprüche des Darlehensgebers insbesondere bei einem Vermögensverfall des Darlehensnehmers bereits außerhalb eines Insolvenzverfahrens eingeschränkt sind, ist als Abrede über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung des Nachrangdarlehens der Inhaltskontrolle entzogen.

In allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern ist eine qualifizierte Nachrangvereinbarung nur dann hinreichend transparent, wenn aus ihr die Rangtiefe, die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, deren Dauer und die Erstreckung auf die Zinsen klar und unmissverständlich hervorgehen. Knüpft eine solche Klausel die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre an das Entstehen von Insolvenzeröffnungsgründen, muss sie die erfassten Insolvenzeröffnungsgründe klar und unmissverständlich bezeichnen.

<https://ifsbr.de/tag/nachrangdarlehen/>

Die zentrale Aussage des BGH:

[...] ist - soweit die Bestimmung eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre und einen qualifizierten Rangrücktritt regelt - als Abrede über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung des Nachrangdarlehens gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen. Enthält ein Nachrangdarlehen eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelte vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (qualifizierten Rangrücktritt), stellt dies nicht schon deshalb eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB dar, weil dies Rückzahlungs- und Zinsansprüche des Darlehensgebers insbesondere bei einem Vermögensverfall des Darlehensnehmers bereits außerhalb eines Insolvenzverfahrens einschränkt.

Im Entscheidungsfall hielt der BGH die verwendete Klausel allerdings für intransparent und damit nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, „weil die Bestimmung nicht hinreichend klar und verständlich“ war. „Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB“, so der BGH, „kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragsgegners auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen.“

Anforderungen an Nachrangklauseln als AGB

Der BGH betont aber: Nachrangklauseln können wegen **Intransparenz** (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) unwirksam sein, wenn sie nicht klar bestimmt und verständlich sind. Daneben darf eine Nachrangabrede, das Urteil des BGH erwähnt dies anders als das OLG München nicht explizit, nicht **überraschend** sein ([§ 305c BGB](#)).

Nicht die allgemeine Zulässigkeit von Nachrangklauseln in AGB ist abzuwägen. Zu prüfen ist stattdessen nur, ob die Klausel **ausreichend transparent** ist. Um diese Hürde zu überspringen, muss der Verwender der AGB in den Vertragsklauseln und gegebenenfalls auch in begleitenden Informationen (z.B. Prospekten, Anleger-Informationsblättern) Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darstellen. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen müssen so genau beschrieben werden, dass keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner muss ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte feststellen können, damit er nicht von deren Durchsetzung abgehalten wird. Die bloße Bezeichnung als „nachrangig“ und „qualifizierter Rangrücktritt“ in einer Nachrangabrede genügt hierzu nicht.

Der BGH stellt vier Kriterien auf, um dem Transparenzgebot gerecht zu werden. Die Nachrangklausel muss

- die Rangtiefe,
- die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre,

<https://ifsbr.de/tag/nachrangdarlehen/>

- deren Dauer und
 - die Erstreckung auf die Zinsen
- klar und unmissverständlich regeln.

Einschätzung

Die Entscheidung des BGH schafft mehr Klarheit und gibt Unternehmen, die Nachrangklauseln zur Finanzierung verwenden, einen verlässlichen Rahmen vor. Das Urteil deckt sich auch mit dem Willen des Gesetzgebers im Crowdfunding-Bereich. Dort wurde ausdrücklich festgelegt, dass die Crowdfunding-Finanzierung mittels Nachrangdarlehen als Vermögensanlage für Verbraucher aufsichtsrechtlich zulässig ist (vgl. §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 2a VermAnlG).

Künftige Formulierung von Nachrangabreden

Das Urteil des BGH ist ein Befreiungsschlag und beseitigt die durch die OLG-Rechtsprechung verursachte Rechtsunsicherheit. Sofern dies nicht bereits erfolgt ist, sollten Anbieter von Nachrangdarlehen die Entscheidung aber zum Anlass nehmen, ihre bislang verwendete Formulierung mit dem Kriterienkatalog des BGH abzugleichen und gegebenenfalls zu ergänzen.

Hintergrundinformationen zu Sanierungsgewinnen

Weitere **Hintergrundinformationen** finden Sie auf unserer [Sonderseite zum Rangrücktritt](#).

<https://ifsbr.de/tag/nachrangdarlehen/>

