
Datum: 24.09.2020
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 137/19
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2020:0924.6U137.19.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 15 O 242/17
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, II ZR 174/20

Tenor:

I.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 09.08.2019 wird zurückgewiesen.

II.

Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung eine Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Auslegung von Genussscheinbedingungen und daraus folgender Zahlungsansprüche im Zusammenhang mit diversen von der Beklagten ausgegebenen Genussscheinen, und darüber hinaus über die von der Klägerin geltend

1

2

3

gemachten Feststellungsansprüche.

Die Beklagte ist ein Kreditinstitut, das sich u. a. über die Ausgabe von Genussscheinen refinanzierte. Streitgegenständlich sind die Genussscheine mit den WKN ...48 (ISIN: 000...48), ...79 (ISIN: DE000...793), ...80 (ISIN: DE000...801), im Folgenden auch als „Altemissionen“ bezeichnet, die Genussscheine mit der WKN ...19 (ISIN: DE000...197), sog. „2015er-Genussscheine“ sowie die Genussscheine mit der WKN ...56 (ISIN: DE000...569), sog. „2017er-Genussscheine“.

4

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf das erstinstanzliche Urteil (in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss vom 17.10.2019 [Bl. 556 ff. GA]) verwiesen.

5

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Klägerin stünden weder die von ihr geltend gemachten Ansprüche auf Rückzahlung des Nennbetrages der von ihr gehaltenen Genussscheine gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 der jeweiligen Genussscheinbedingungen noch Ansprüche auf Schadensersatz gemäß § 280 BGB bzw. aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und auch kein Anspruch auf Ausschüttungen gemäß § 2 Abs. 1 und Abs. 2 der jeweiligen Genussscheinbedingungen zu.

6

Die Kammer hat ihre Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass eine Auslegung der Genussscheinbedingungen der Genussscheine mit der WKN ...19 ergebe, dass die Berechnung der Beklagten weder hinsichtlich der - im Rahmen der Berechnung des Rückzahlungsanspruchs zu berücksichtigenden - Verlustteilnahme der Genussscheininhaber nach § 4 Abs. 1 GB ...19 noch hinsichtlich eines (nicht bestehenden) Wiederauffüllungsanspruchs nach § 4 Abs. 2 GB ...19 zu beanstanden sei, da im Rahmen der Berechnung der Verlustteilnahme Verlustvorträge aus dem Vorjahr zu berücksichtigen seien und der Rechenposten „*in der Bilanz ausgewiesen(es) Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)*“ allein das im handelsrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesene Eigenkapital zuzüglich des Genussscheinkapitals und nicht etwa auch den Sonderposten nach § 340g HGB umfasse. Die Kammer hat sich der Auffassung der 10. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 21.12.2018 (10 O 159/17) angeschlossen, wonach die Berechnung der Verlustteilnahme nach § 4 Abs. 1 GB ...19 an den handelsbilanziellen Begriff des Bilanzverlusts anknüpfe, mit einer logisch notwendigen Modifikation dahingehend, dass nur der Bilanzverlust vor dem Abzug des Verlustanteils der Genussrechtsinhaber gemeint sein könne. Bei der Ermittlung des Bilanzverlusts seien auch Verlustvorträge aus dem Vorjahr zu berücksichtigen. Bei der Auslegung sei zu beachten, dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handele, deren Auslegung für alle Stücke einheitlich erfolgen müsse und bei der auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden abgestellt werden müsse, bei dem es sich vorliegend aufgrund der Stückelung von 100 € um einen privaten (Klein-)Anleger handeln dürfte. Es sei insbesondere zu berücksichtigen, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Rechtsbegriffe in der Regel entsprechend ihrer juristischen Fachbedeutung zu verstehen seien und die Berechnung der Verlustteilnahme nach § 4 Abs. 1 GB ...19 an den handelsbilanziellen Begriff des Bilanzverlustes anknüpfe, bei dessen Ermittlung auch Verlustvorträge aus dem Vorjahr zu berücksichtigen seien. Der Begriff des Verlusts sei durch den Klammerzusatz als „Bilanzverlust“ näher beschrieben, der entsprechend seiner juristischen Fachbedeutung zu verstehen sei, weil er erkennbar auf gesetzliche Regelungen (hier: § 268 Abs. 1 HGB, § 158 Abs. 1 Nr. 5 AktG) Bezug nehme. Er könne allerdings bei der Berechnung der Verlustteilnahme der Genussscheininhaber nicht

7

streng in dem Sinne verstanden werden, den er nach den handelsrechtlichen und aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften bei der Bilanzierung von Kreditinstituten habe, weil der Bilanzverlust auch Entnahmen aus dem Genussrechtskapital (vgl. Nr. 10 Formblatt 1, Nr. 31 Formblatt 3 RechKredV) beinhalte, was bei einer Berechnung unter Berücksichtigung der eigentlich vorgelagerten Entnahmen aus dem Genussrechtskapital – deren Verringerung infolge der Teilnahme am Bilanzverlust eigentlich erst berechnet werden soll –, streng genommen zu einem Zirkelschluss führe. Dies rechtfertige allerdings keine völlig autonome Auslegung des Begriffes des Bilanzverlusts oder gar die Auslegung, dass ein völlig anderer Begriff – wie z. B. der Jahresfehlbetrag – gemeint sein könne, sondern führe lediglich dazu, dass der Begriff des „Bilanzverlusts“ aus logischen Gründen modifiziert werden müsse, weil anderenfalls die erforderliche Berechnung nicht möglich sei.

Bei der Ermittlung des Bilanzverlusts sei nicht nur der Jahresfehlbetrag, sondern auch ein Verlustvortrag aus dem Vorjahr zu berücksichtigen. Denn aus § 268 Abs. 1 S. 2 HGB und § 158 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 5 AktG ergebe sich, dass ein vorhandener Verlustvortrag in den Bilanzverlust einzubeziehen sei. Auch unter Berücksichtigung der Systematik der Genussscheinbedingungen ...19, insbesondere deren § 4, ergebe sich kein anderes Verständnis. Zwar knüpfe § 4 Abs. 2 GB hinsichtlich des Wiederauffüllungsanspruchs an den „Jahresüberschuss“ an, der aber ebenfalls eine klare juristische Fachbedeutung habe, weil er erkennbar auf die gesetzlichen Regelungen zur Gewinn- und Verlustrechnung (z. B. § 275 Abs. 2 Nr. 17 HGB) Bezug nehme. Dies deute bei einem systematischen Vergleich sogar eher darauf hin, dass für die Verlustteilnahme und den Wiederauffüllungsanspruch unterschiedliche Ansatzpunkte hätten gewählt werden sollen. Beide Regelungen (§ 4 Abs. 1 und § 4 Abs. 2 GB) seien logisch nebeneinander anwendbar. Diese vertragliche Regelung könne aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte dazu führen, dass in ein- und demselben Geschäftsjahr – z. B. aufgrund von Verlustvorträgen aus dem Vorjahr – ein Bilanzverlust entstehe, in dessen Folge die Genussscheininhaber nach § 4 Abs. 1 GB am Verlust beteiligt würden, und zugleich ein Jahresüberschuss erzielt werde, in dessen Folge die – aufgrund von Verlusteteiligungen in früheren Jahren geminderten – Rückzahlungsansprüche der Genussscheininhaber wiederaufgefüllt würden. Soweit bei der Auslegung weitere Umstände zu berücksichtigen seien, führe dies ebenfalls nicht zu einem abweichenden Ergebnis. So könnten sich derartige Umstände zwar aus dem Emissionsprospekt ergeben, in dem es auf Seite 6 unter der Überschrift „Teilnahme am Verlust“, heiße, dass die Genussscheininhaber an einem etwaigen „Verlust (*Jahresfehlbetrag*)“ teilnähmen, was gegen die Einbeziehung des Verlustvortrages aus dem Vorjahr sprechen könne, weil der Jahresfehlbetrag den Verlustvortrag des Vorjahres gerade nicht umfasse. In dem Prospekt seien ab Seite 8 jedoch die Genussscheinbedingungen korrekt – mit dem Begriff „*Bilanzverlust*“ in § 4 Abs. 1 – wiedergegeben. Auch einem durchschnittlichen Anleger werde deutlich, dass der im Text auf Seite 6 verwendete klare juristische Fachbegriff („Jahresfehlbetrag“) in offenem Widerspruch zu den in unmittelbarer räumlicher Nähe auf Seite 8 abgedruckten Bedingungen stehe, in denen ein anderer, ebenfalls klarer juristischer Fachbegriff („Bilanzverlust“) verwendet werde. Damit sei der im Text auf Seite 6 verwendete Begriff („Jahresüberschuss“) für den durchschnittlichen, verständigen Anleger klar als Prospektfehler erkennbar. Für eine Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB sei danach kein Raum. Auch nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten verblieben an der Bedeutung des Begriffes „Bilanzverlust“ keine Zweifel, weil vor allem im Hinblick auf den Wortlaut – selbst unter Berücksichtigung der logisch notwendigen Modifizierung des handelsrechtlichen Begriffes – keine zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar seien. § 4 Abs. 1 GB ...19 sei auch keine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB und unterliege keiner Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB, weil es sich um eine der Inhaltskontrolle entzogene

Vereinbarung über den Hauptleistungsinhalt (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB) handle. Dem Umstand, dass in besonderen Konstellationen Genussrechtsinhaber gegenüber Aktionären überproportional an einem Verlust teilnehmen könnten, komme daher keine maßgebliche Bedeutung zu.

Die Dotierung des Sonderfonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB sei nicht zu berücksichtigen. Die Formulierung „*in der Bilanz ausgewiesene[s] Eigenkapital (einschließlich Genusssscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)*“ sei dahingehend auszulegen, dass der damit umschriebene Rechenposten allein das im handelsrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesene Eigenkapital zuzüglich des Genusssscheinkapitals umfasse. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 GB ...19 („*in der Bilanz ausgewiesene[n] Eigenkapital*“), der eindeutig auf das im handelsrechtlichen Jahresabschluss, der (Handels-)Bilanz, ausgewiesene Eigenkapital Bezug nehme, weil nur dort das Eigenkapital „ausgewiesen“ werde. Die Dotierung des Sonderpostens nach § 340 g HGB sei im handelsrechtlichen Eigenkapital nicht enthalten. Die Gliederung des Jahresabschlusses sei bei Kreditinstituten durch das Formblatt 1 zu § 2 RechKredV vorgegeben, wonach der Sonderposten nach § 340g HGB unter der Nr. 11 vor dem unter der Nr. 12 aufgeführten Eigenkapital gesondert auszuweisen sei. Der durchschnittliche private (Klein-) Anleger werde den Verweis auf das „*in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital*“ im Zweifel als Verweis auf den entsprechenden Gliederungspunkt in dem einschlägigen Formblatt verstehen. Es komme nicht darauf an, dass nach allgemeinen bilanzrechtlichen Regeln Genussrechte unter bestimmten Bedingungen dem Eigenkapital zuzuweisen sein könnten, da diese bei Kreditinstituten gesondert ausgewiesen werden müssten. Ein Verständnis dahingehend, dass sämtliche in der Handelsbilanz (irgendwo) ausgewiesenen Posten die (rechtlich oder wirtschaftlich) Eigenkapitalcharakter hätten, umfasst würden, liege deshalb ebenso fern wie eine Bezugnahme auf das „haftende Eigenkapital“ im Sinne von § 10 Abs. 3 S. 2 KWG a. F.

Auch aus der Formulierung des Klammerzusatzes („*einschließlich Genusssscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten*“) ergebe sich kein anderes Verständnis. Damit werde in der Formel zur Berechnung der Verlustteilnahme zunächst das handelsbilanzielle Eigenkapital um das Genusssscheinkapital ergänzt. Der Wortsinn lasse ohne Weiteres zu, dass mit dem Begriff „einschließlich“ nicht nur eine (deklaratorische) Klarstellung, sondern eine (konstitutive) Erweiterung habe vorgenommen werden sollen. Demgegenüber könne der nachfolgend vorgenommene Ausschluss „andere[r] nachrangige[r] Verbindlichkeiten“ nach dem Wortlaut – zumindest auch – als klarstellender Zusatz verstanden werden. Dieser sei zwar dann – streng genommen – überflüssig, weil nachrangige Verbindlichkeiten (vgl. Nr. 9 Formblatt 1 RechKredV) vom handelsbilanziellen Eigenkapitalbegriff (vgl. Nr. 12 Formblatt 1 RechKredV) ohnehin nicht erfasst seien. Widersprüchlich sei die Auslegung dennoch nicht. Zwar käme dem Ausschluss der nachrangigen Verbindlichkeiten (nur) dann eine konstitutive Bedeutung zu, wenn mit dem Begriff „Eigenkapital“ das regulatorische Eigenkapital im Sinne von § 10 KWG a. F. gemeint wäre. Denn § 10 Abs. 5a KWG a.F. habe (jeweils) vorgesehen, dass bestimmte nachrangige Verbindlichkeiten dem regulatorischen Eigenkapital zuzurechnen seien, was durch den Klammerzusatz ausgeschlossen würde. Dem stehe jedoch zum einen entgegen, dass bei einem solchen Verständnis die Einbeziehung des Genussrechtskapitals in den Eigenkapitalbegriff überflüssig wäre, da ausweislich § 1 der jeweiligen Bedingungen gerade Genusssscheinkapital geschaffen werden sollte, das zum „haftenden Eigenkapital“ nach § 10 Abs. 2 S. 2 KWG a.F. gehöre. Zum anderen finde sich in § 4 GB ...19 keinerlei Bezug zur Haftung, sondern vielmehr der Verweis auf das „*in der Bilanz ausgewiesene*“ Eigenkapital. Der durchschnittliche private (Klein-)Anleger könne aus dem Jahresabschluss, der (Handels-

)Bilanz der Beklagten die Höhe des regulatorischen Eigenkapitals – anders als das bilanzielle Eigenkapital und die Genussrechte – nicht ohne Weiteres ablesen. Dementsprechend habe der Bundesgerichtshof 2014 bei der Auslegung einer ähnlichen Vertragsklausel in Genussscheinbedingungen, die ebenfalls auf das „Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ Bezug genommen habe, auf die Formblätter zu § 2 RechKredV – und damit ebenfalls auf die handelsbilanziellen Begriffe – verwiesen. Soweit das OLG München (Urteil vom 21.11.2013, 23 U 1864/13, Rn. 42 ff., juris) eine andere Auslegung für vertretbar gehalten habe, habe der Beurteilung eine andere Klausel zugrunde gelegen. Dass es sich nach § 1 GB um Genussscheine im Sinne von § 10 Abs. 5 KWG a.F. handeln und u.a. § 9 GB gewährleisten solle, dass die Voraussetzungen des § 10 Abs. 5 KWG a.F. eingehalten würden, lasse offen, ob bei der Berechnung der Verlustteilnahme der Begriff des Eigenkapitals im Sinne des KWG oder im handelsbilanziellen Sinne zu verstehen sei. Gemäß § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KWG a. F. müssten die Genussscheine „bis zur vollen Höhe am Verlust teilnehmen“. Was mit „Verlust“ gemeint sei, definiere das KWG nicht. Zulässig sei jedenfalls die Anknüpfung an den Jahresfehlbetrag oder einen Bilanzverlust. Da vorliegend in § 4 Abs. 1 GB zulässigerweise an einen handelsbilanziellen Begriff angeknüpft werde, liege es nahe, bei der Berechnung der Verlustteilnahme Rechnungsposten wie den Begriff des Eigenkapitals ebenfalls im handelsbilanziellen Sinne zu verstehen. Auf Ausführungen in einem späteren Prospekt könne für die Auslegung der streitgegenständlichen Bedingungen ebenso wenig abgestellt werden wie auf Regelungen in früher geschlossenen Verträgen über stille Gesellschaften, selbst wenn diese so zu verstehen sein sollten, dass stille Gesellschafter und Genussscheininhaber am Verlust mit „dem gleichen Prozentsatz“ teilnehmen und dort das haftende Eigenkapital im Sinne des KWG als Bezugspunkt genannt sein sollte. Nach alledem lägen Zweifel im Sinne von § 305c Abs. 2 BGB nicht vor, weil vor dem Hintergrund der eindeutigen Bezugnahme auf das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital“ nicht mindestens zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar seien. Die Regelung in § 4 Abs. 1 GB ...19 sei auch nicht wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) unwirksam.

Es sei auch nicht zu beanstanden, dass in den Geschäftsjahren ab 2013/2014 der Rückzahlungsanspruch der Genussrechtsinhaber nach § 4 Abs. 2 GB ...19 nicht wieder aufgefüllt worden sei. Eine Bindung an den Jahresabschluss bestehe zwar nicht, Zuführungen zum Sonderposten nach § 340g HGB gingen aber den Ansprüchen der Genussscheininhaber auf Wiederauffüllung ihrer Rückzahlungsansprüche nach § 4 Abs. 2 GB ...19 vor und die Kammer könne auch nicht feststellen, dass die Dotierungen des Sonderpostens durch die Beklagte in den Geschäftsjahren 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 zu Unrecht erfolgt seien. Gemäß § 340g Abs. 2 HGB seien „Zuführungen“ zum Sonderposten nach § 340g oder „Erträge“ aus der Auflösung des Sonderpostens in der Gewinn- und Verlustrechnung gesondert auszuweisen. Damit sei systematisch die Gewinn- und Verlustrechnung im Sinne von § 275 HGB, die mit „Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag“ ende, gemeint. Dass diese bei Aktiengesellschaften wie der Beklagten nach § 158 AktG um eine Überleitungsrechnung zum „Bilanzgewinn/Bilanzverlust“ zu ergänzen sei, führe zu keiner anderen Beurteilung. Zwar seien Zuführungen zu bzw. Erträge aus dem Sonderposten nach § 340g HGB in den Formblättern 2 und 3 RechKredV betreffend die Darstellung der Gewinn- und Verlustrechnung bei Kreditinstituten nicht ausdrücklich aufgeführt. Die Zuführung könne daher in einem eigenen Posten oder in einem Unterposten vorgenommen werden. Dies würde es Kreditinstituten nach dem Wortlaut ermöglichen, Zuführungen zum Sonderposten nach § 340g HGB erst nach Ermittlung des Jahresüberschusses/Jahresfehlbetrags im Rahmen der Gewinnverwendung vorzunehmen. Dem stehe allerdings in systematischer Hinsicht entgegen, dass der Jahresüberschuss bzw. Jahresfehlbetrag den Saldo aller Erträge und Aufwendungen darstelle. Alle Erträge und Aufwendungen – mithin auch solche

hinsichtlich des Sonderpostens nach § 340g HGB – müssten daher in der Gewinn- und Verlustrechnung vorher ausgewiesen werden. Auch aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 GB ergebe sich kein anderes Verständnis. Dass hiernach – nach der gesetzlich vorgeschriebenen Wiederauffüllung der gesetzlichen Rücklage – die Rückzahlungsansprüche wieder aufzufüllen seien, bevor eine anderweitige Verwendung der Jahresüberschüsse vorgenommen werde, habe keine Auswirkung auf andere Posten, die – wie der Sonderposten nach § 340g HGB – bereits vor der Ermittlung des Jahresüberschusses und der nachfolgenden Gewinnverwendung gebildet werden müssten. Zudem handele es sich bei dem „Sonderposten“ nach § 340g HGB schon dem Wortlaut nach nicht um eine Rücklage. Da der Sonderposten nach § 340g HGB zur Ermittlung des Jahresüberschusses/Jahresfehlbetrags notwendig sei, gehöre er auch systematisch – auch im Sinne von § 4 Abs. 2 GB – zur Gewinnermittlung und nicht zur Gewinnverwendung.

Die Kammer könne auch nicht feststellen, dass die Dotierungen des Sonderpostens nach § 340g HGB durch die Beklagte in den Geschäftsjahren 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 zu Unrecht erfolgt sei. Nach § 340g HGB dürften Kreditinstitute auf der Passivseite ihrer Bilanz zur Sicherung gegen allgemeine Bankrisiken einen Sonderposten „Fonds für allgemeine Bankrisiken“ bilden, soweit dies nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wegen der besonderen Risiken des Geschäftszweigs der Kreditinstitute notwendig sei. Die Regelung eröffne der Beklagten sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite einen weiten Spielraum, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung im Sinne einer Vertretbarkeitskontrolle unterliege. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass dieser Spielraum überschritten worden sei. Dies gelte zunächst für die im Geschäftsjahr 2013/2014 erfolgten Dotierungen, wobei die zwischen zwei Jahresabschlüssen in einem Zwischengewinnverfahren erfolgten Dotierungen im Hinblick auf die Teilnahme der Beklagten an dem EZB-Stresstest zum 31.12.2013 nach deren maßgeblicher vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendig, d. h. vertretbar, gewesen seien. Das Erreichen einer ausreichenden aufsichtsrechtlich geforderten Eigenkapitalquote als ein regulatorisches Risiko sowie generell das Sicherstellen einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung unterfalle dem Tatbestand des § 340g HGB. Der Sonderposten solle „allgemeine“ Bankrisiken – und gerade keine konkreten Einzelrisiken – abdecken. In (steigenden) regulatorischen Eigenkapitalanforderungen spiegele sich gerade die allgemeine Erwartung, dass Banken besonderen Risiken ausgesetzt seien, gegen die sie sich absichern müssten. Nach diesen Maßstäben seien die bis zum 31.12.2013 – dem letztlich maßgeblichen Stichtag für den Stresstest – erfolgten Dotierungen eben so wenig zu beanstanden, wie die weitere Dotierung zum 31.03.2014 im Rahmen des Jahresabschlusses 2013/2014. Dem könne die Klägerin nicht entgegenhalten, die Zuführungen zum Sonderposten nach § 340g HGB seien zur Stärkung des regulatorischen Eigenkapitals nicht notwendig gewesen, weil es hierzu gleichermaßen geeignete Alternativen gegeben habe. Denn der gesetzliche Maßstab für die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB könne nicht dazu führen, dass unternehmerische Entscheidungen der Beklagten in diesem Rahmen zu überprüfen seien. Es könne dahinstehen, ob etwaige Alternativen überhaupt (oder in der Kürze der Zeit) durchführbar gewesen wären. Denn ein so weitreichender Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit käme nur unter ganz besonderen Umständen in Betracht, die hier nicht ersichtlich seien. Gesellschaftsrechtliche Treuepflichten seien gegenüber Genussscheininhabern nicht zu berücksichtigen. Diese hätten die zulässige Ausübung von Gestaltungsspielräumen bei der Aufstellung des Jahresabschlusses wie auch bei der Vornahme des Gewinnverwendungsbeschlusses – insbesondere durch die Ausübung von Bilanzierungswahlrechten oder die Bildung von Rücklagen – grundsätzlich hinzunehmen, weil sie dieses Risiko ebenso wie das zu ihren Lasten gehender unternehmerischer Entscheidungen bedingungsgemäß übernommen hätten. Dementsprechend sei auch die

Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB in den Geschäftsjahren 2014/2015 und 2015/2016 nicht zu beanstanden. Auch wenn ein weiterer Stresstest nicht zu bestehen gewesen sei, sei die hierdurch bewirkte weitere, im Vergleich zum Geschäftsjahr 2013/2014 aber bereits erheblich reduzierte Stärkung des aufsichtsrechtlichen Eigenkapitals – auch oberhalb der aufsichtsrechtlich angeordneten Mindestquoten auf Instituts- und Gruppenebene – angesichts der sich absehbar weiter verschärfenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung vertretbar gewesen, zumal stille Reserven nach § 340f HGB nach deren Auflösung im Jahre 2007 nicht mehr bestanden hätten.

Der Klägerin stünden gegen die Beklagte hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...19 auch keine auf die Rückzahlung des Nennbetrags gerichteten Sekundäransprüche zu, insbesondere keine Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs bzw. der gezielten Benachteiligung der Genussscheininhaber, oder Ansprüche nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, deren Voraussetzungen nicht ausreichend dargetan seien. Denn es könne nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Gewissheit festgestellt werden, dass die infolge der Dotierungspraxis der Beklagten in Bezug auf den Sonderposten nach § 340g HGB objektiv eingetretene Benachteiligung der Genussrechtsinhaber nicht nur Reflex einer legitimen Strategie der Eigenkapitalstärkung gewesen, sondern die Organe der Beklagten in den betreffenden Geschäftsjahren gezielt den Sonderposten nach § 340g HGB in der jeweiligen Höhe dotiert hätten, um die – an das Jahresergebnis geknüpften – Ansprüche der Genussrechtsinhaber auszuschließen. Die Darlegung einiger beachtlicher Indizien reiche nicht aus für eine Überzeugungsbildung, dass sich die Organe der Beklagten bei der Ermessensausübung nicht von dem Ziel einer als notwendig angesehenen Stärkung der Eigenkapitalquote hätten leiten lassen, sondern – vorrangig oder auch nur daneben – das Ziel verfolgt hätten, die Genussscheininhaber zu benachteiligen. So habe die Beklagte zwar die aufsichtsrechtlich vorgegebenen Eigenkapitalquoten (zum Teil) überschritten. Hierbei handele es sich jedoch lediglich um Mindestanforderungen, die in den vergangenen Jahren kontinuierlich verschärft worden seien und deren jeweils zu erfüllende Anforderungen nicht exakt auf längere Sicht vorhersehbar seien. Auch falle auf, dass die Beklagte in sämtlichen Geschäftsjahren seit 2013/2014 (nur) deshalb keine positiven Jahresergebnisse erzielt habe, weil sie in Höhe des ansonsten entstehenden Jahresüberschusses zunächst den Sonderposten nach § 340g HGB dotiert und im Geschäftsjahr 2016/2017 ein bilanzielles Wahlrecht zugunsten von Pensionsrückstellungen ausgeübt habe. Allein das Ergebnis mehrerer aufeinanderfolgender Jahresabschlüsse biete indes noch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagte hierbei treuwidrig gehandelt habe, um Ansprüche der Genussscheininhaber abzuschneiden, zumal sie noch im Geschäftsjahr 2012/2013 den Sonderposten nach § 340g HGB in Höhe von 19 Mio. € aufgelöst und dadurch eine noch größere Verlustbeteiligung der Genussscheininhaber vermieden habe. Auch die durch die besondere Eigentümerstruktur der Beklagten begründete Interessenlage führe zu keiner anderen Bewertung.

Der Klägerin stehe gegen die Beklagte auch kein Anspruch wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu, da nicht ersichtlich sei, dass sich die gemeinsame Geschäftsgrundlage verändert habe. Dass die Beklagte nunmehr das Ziel verfolge, ihre Eigenkapitalausstattung und den Sonderposten nach § 340g HGB umfangreich auszustatten, begründe eine solche Änderung nicht.

Auch Ansprüche auf laufende Ausschüttungen nach § 2 Abs. 1 GB ...19 sowie – insbesondere hinsichtlich der Geschäftsjahre ab 2013/2014 – auf nachholende Ausschüttungen nach § 2 Abs. 2 S. 2 GB ...19 bestünden nicht. Denn gemäß § 2 Abs. 2 S. 1

GB ...19 seien Ausschüttungen auf die Genussscheine dadurch begrenzt, dass durch sie kein Bilanzverlust entstehen dürfe, was im Falle einer Erfüllung der klägerseits geltend gemachten Ansprüche in den streitgegenständlichen Geschäftsjahren jeweils der Fall gewesen wäre. Der Bilanzverlust im auch hier geltenden handelsbilanziellen Sinne würde auch jeweils „durch die Ausschüttung entstehen“. Auch in dieser Hinsicht sei die Regelung in § 2 Abs. 2 S. 1 GB ...19 nach Ausschöpfung aller Auslegungsmethoden eindeutig und nicht unklar im Sinne von § 305c Abs. 2 BGB. Zwar lege der Wortlaut der Klausel – „dass *durch* sie [gemeint: die Ausschüttung] kein Bilanzverlust *entstehen* darf“ – zunächst nahe, dass die Erhöhung eines unabhängig von der Erfüllung der Kuponansprüche bestehenden Bilanzverlusts unschädlich sei, und könnte damit eine Unklarheit im Sinne von § 305 Abs. 2 BGB begründen, weil bei (wort)wörtlichem Verständnis ein Bilanzverlust nicht „*durch*“ die Ausschüttung „*entsteht*“, wenn er auch ohne sie – sei es durch ein ohnehin negatives Jahresergebnis (einen Jahresfehlbetrag) oder einen Verlustvortrag – auszuweisen wäre; vielmehr würde in diesen Fällen ein bereits *bestehender* Bilanzverlust durch die Ausschüttung nur *erhöht*. Eine dahingehende, wortlautgetreue Auslegung scheide aber nach Ausschöpfung der weiteren Auslegungsmethoden aus. Zunächst sei in systematischer Hinsicht zu berücksichtigen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Genussscheinen nach § 1 Abs. 1 GB ...19 ausdrücklich um Genussscheine im Sinne von § 10 Abs. 5 KWG a.F., d. h. um haftendes Eigenkapital nach § 10 Abs. 2 S. 2 KWG a.F., handeln solle. Die dafür notwendigen Voraussetzungen sollten in den Genussscheinbedingungen geschaffen und z.B. durch § 9 GB ...19 abgesichert werden. Dies aber setze voraus, dass auch dann keine Ausschüttungen gezahlt würden, wenn hierdurch ein bereits bestehender (Bilanz-)Verlust erhöht würde. Denn § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KWG a.F. bestimme, dass Genussrechtskapital nur dann dem haftenden Eigenkapital zuzurechnen sei, wenn „es bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt“ und – damit korrespondierend – das Institut berechtigt sei, „im Falle eines Verlustes Zinszahlungen aufzuschieben“. Entscheidend sei, dass das Genussrechtskapital nicht bedient werden dürfe, wenn andernfalls ein Verlust bei dem Kreditinstitut entstünde. Aus der Verlustteilnahmeregelung ergebe sich konsequenterweise, dass im Falle eines Verlusts Zinszahlungen (Ausschüttungen) aufzuschieben seien. Werde hier der Ausschluss der Ausschüttungen zulässigerweise an einen Bilanzverlust geknüpft, müsse im Falle des so bestimmten Verlusts die Beklagte die Zinszahlungen (Ausschüttungen) aufschieben. Nach dem Wortlaut von § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KWG a.F. komme es auch nur darauf an, dass der „Fall[e] eines Verlustes“ eingetreten sei, nicht aber wodurch. Für die Auslegung des § 2 Abs. 2 S. 1 GB ...19 spiele es keine Rolle, dass die Beklagte in den Bedingungen des – später emittierten – Genussscheins mit der WKN ...56 abweichend formuliert habe, es dürfe kein Bilanzverlust entstehen „oder ein bestehender Bilanzverlust erhöht“ werden; nach den vorstehenden Erwägungen handele es sich hierbei nur um einen klarstellenden Zusatz. Das Ergebnis der systematischen Auslegung werde durch die teleologische Erwägung gestützt, dass Ausschüttungen nur aus (untechnisch verstandenen) „Gewinnen“ hätten gezahlt werden sollen. Es sei erkennbar gerade nicht gewollt, dass beispielsweise bei einem Bilanzgewinn in Höhe von 1 € (vor Ausschüttungen an die Genussrechtsinhaber) dieser Betrag lediglich anteilig an alle ausschüttungsberechtigten Genussscheininhaber aufgeteilt werde und andererseits bei einem Bilanzverlust in Höhe von 1 € (vor Ausschüttungen an die Genussrechtsinhaber) alle Genussscheininhaber Ausschüttungen in voller Höhe erhielten. Dieses – offensichtlich widersinnige – Ergebnis aber wäre die Konsequenz der oben erwogenen wortlautgetreuen Auslegung, ohne dass für die unterschiedliche Behandlung ein sachlicher Grund ersichtlich sei.

Auch hinsichtlich der Genussscheine mit den WKN ...48, ...79 und ...80 stünden der Klägerin keine Rückzahlungsansprüche gegen die Beklagte zu, weil bei der Berechnung der Verlustteilnahme nach § 4 Abs. 1 der GB der Rechenposten „*in der Bilanz ausgewiesene[s]*“

Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ allein das im handelsrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesene Eigenkapital zuzüglich des Genussscheinkapitals – und nicht etwa auch den Sonderposten nach § 340g HGB – umfasse. Insoweit könne auf die Ausführungen zu der gleichlautenden Klausel in § 4 Abs.1 GB ...19 verwiesen werden.

Schließlich bestünden auch keine Ansprüche hinsichtlich der von der Klägerin gehaltenen Genussscheine mit der WKN ...56. Auch insoweit könne auf die Ausführungen zu den Genussscheinen mit der WKN ...19 sowie ergänzend auf die Ausführungen zu den Genussscheinen mit der WKN ...42 verweisen werden. Die Stückelung zu 50.000 € führe zu keinem für die Klägerin günstigeren Auslegungsmaßstab. Im Übrigen stelle § 2 Abs. 2 S. 1 GB ...56 hier ausdrücklich klar, dass Ausschüttungen auch dann ausgeschlossen seien, wenn durch sie ein bestehender Bilanzverlust erhöht werde. 17

Die geltend gemachten Ansprüche auf Feststellung der Nichtigkeit der festgestellten Jahresabschlüsse der Beklagten für die Geschäftsjahre 2013/2014, 2014/2015, 2015/2016 und 2016/2017 bestünden nicht, weil schon die vermeintlich fehlerhafte Dotierung des Sonderpostens gem. § 340g HGB und die vermeintlich fehlerhafte Berechnung der Verlustteilnahme der Aktionäre bei der Berechnung des Eigenkapitals nicht festgestellt werden könne. Mangels feststellbaren Pflichtverletzungen bestehe auch kein Anspruch auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten für noch nicht bezifferte Schadensersatzansprüche. 18

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Klageanträge (sinngemäß) weiterverfolgt. Sie ist der Auffassung, die Entscheidung der 15. Zivilkammer des Landgerichts sei bereits deshalb aufzuheben, weil das Landgericht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, indem es zur Begründung ihres Urteils aus den Entscheidungsgründen des Urteils der 10.Zivilkammer vom 21.12.2018 (10 O 159/17) abgeschrieben habe, obwohl sich der Vortrag der Parteien im vorliegenden Fall nicht mit demjenigen vor der 10.Zivilkammer decke. Entgegen der Auffassung des Landgerichtes stehe ihr ein Anspruch auf Rückzahlung des Nennwertes des Genussscheins mit der WKN ...19 zu. Die Beklagte könne ihre Leistungsverweigerung nicht auf die Regelung zur Verminderung der Rückzahlungsansprüche stützen, weil sie die tatsächlichen Voraussetzungen der Verlustteilnahme nach § 4 Abs. 1 GB weder hinreichend belegt noch die Verlustteilnahme zutreffend berechnet habe und die Rückzahlungsansprüche zudem nach § 4 Abs. 2 GB im Geschäftsjahr 2013/2014 aufgrund des tatsächlichen Jahresergebnisses vor Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken vollständig hätten wieder aufgefüllt werden müssten. Eigenkapital im Sinne der Genussscheinbedingungen sei das modifizierte haftende Eigenkapital, zu dem auch der Fonds für allgemeine Bankrisiken gehöre. Da die Beklagte die Genussscheine mit dem erklärten Motiv ausgegeben habe, sie als haftendes Eigenkapital behandeln zu dürfen, dränge sich bereits auf, dass der Begriff Eigenkapital in den Genussscheinbedingungen im Sinne der Gesamtheit des haftenden Eigenkapitals zu verstehen sei, das von der Beklagten zur Deckung von Verlusten verwendet werden könne. Entgegen der Auffassung des Landgerichts könne die Formulierung „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital“ nicht als ein Verweis auf den Passivposten 12 des Formblatts 1 zur RechKredV 1992 verstanden werden. Bei dem Begriff Eigenkapital handele es sich - anders als bei dem Begriff Bilanzverlust - nicht um einen handels- oder gesellschaftsrechtlich definierten Rechtsbegriff. Auch die Beklagte habe noch in ihren Jahresabschlüssen für die Geschäftsjahre 1991/1992 und 1992/1993 eine Gruppe Eigenkapital nicht gebildet, aber dennoch in ihren früheren Genussscheinbedingungen den Begriff „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital“ verwendet. Das Landgericht habe es 19

versäumt, sowohl den Begriff Eigenkapital, als auch die eine Einheit bildende streitgegenständliche Wendung „in der Bilanz ausgewiesen(es) Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ historisch einzuordnen und zu bewerten, dass die Beklagte den Text der streitgegenständlichen Genussscheine bereits verwendet habe, bevor die RechKredV erlassen worden sei. Dies habe das Landgericht zu Unrecht als unerheblich erachtet. Dass auch die Formulierungen der weiteren Genussscheine in die Auslegung einzubeziehen seien, ergebe sich unter anderem aus § 7 Abs. 2 der Genussscheinbedingungen, wonach alle Inhaber von Genussscheinen an den Zahlungen gemäß der jeweiligen Genussscheinbedingungen stets gleichrangig teilzunehmen hätten. Dass auch die Verwaltung der Beklagten den Begriff Eigenkapital nicht im Sinne des Passivpostens 12 des Formblatts 1 verstanden hätte, ergebe sich etwa aus der Übersicht der „wichtigen Daten aus dem Jahresabschluss“ für das Geschäftsjahr 1991/1992, wonach das haftende Eigenkapital im Sinne des § 10 KWG aus zwei Passivposten, nämlich dem gezeichneten Kapital und Rücklagen sowie dem Genussrechtskapital bestehe. Auch sonst habe die Beklagte in der Vergangenheit regelmäßig auf das haftende Eigenkapital als Grundlage der Berechnung der Verlustbeteiligung Bezug genommen, wie etwa in einem Vertrag über die stille Beteiligung aus dem Jahr 2002. Ein weiteres Indiz sei die Art und Weise der Berechnung der Eigenkapitalrentabilität, § 90 Abs. 1 Nr. 2 AktG, wonach die Beklagte diese regelmäßig unter Einbeziehung des Fonds für allgemeine Bankrisiken berechnet habe. Schließlich überzeuge auch die Analyse der Formulierung „einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne nachrangige Verbindlichkeiten“ nicht. Auch insoweit sei zu berücksichtigen, dass es in den Genussscheinbedingungen zu einem vorliegend nicht streitgegenständlichen, aber für die Auslegung relevanten Genussschein aus dem Jahr 1991 die korrespondierende Wendung in § 4 Abs. 1 der Genussscheinbedingungen heiße: „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital einschließlich Genussscheinkapital“. Die Abweichung beruhe auf dem Umstand, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Ausgabe der 1991er Genussscheine keine anderen nachrangigen Verbindlichkeiten aufgenommen habe. Durch die Änderung habe die Beklagte gezeigt, dass ihr der Ausschluss der anderen nachrangigen Verbindlichkeiten aus dem Eigenkapital im Sinne des § 4 Abs. 1 GB wichtig gewesen sei und nicht, wie das Landgericht meine, überflüssig. Der Anleger habe auch davon ausgehen können, dass die Beklagte, hätte sie den Fonds für allgemeine Bankrisiken, der als Passivposten 11 des aktuellen Formblatts 1 zwischen den Passivposten 12 und 10 in der Bilanz auszuweisen gewesen sei, aus dem Eigenkapital hätte herausnehmen wollen, dies ausdrücklich geregelt hätte. Stattdessen habe die Beklagte nur die „anderen nachrangigen Verbindlichkeiten“ ausgenommen, nicht aber den Fonds für allgemeine Bankrisiken. Bei zutreffender objektiver Auslegung gehöre der Passivposten 11 daher zum Eigenkapital im Sinne der Genussscheinbedingungen. Auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 29.04.2014 (II ZR 395/12) habe sich das Landgericht insoweit zu Unrecht gestützt, weil die Entscheidung sich nicht zur Frage der Einbeziehung des Fonds für allgemeine Bankrisiken in das Eigenkapital verhalte. Die Wendung „in der Bilanz ausgewiesen“ regle lediglich, dass Eigenkapital in Form „stiller Reserven“ im Rahmen der Berechnung der Verlustteilnahme zwischen den Aktionären und dem Genussrechtskapital keine Berücksichtigung finden solle. Aber auch wenn man annehmen würde, dass die Genussscheinbedingungen im Hinblick auf den Fonds für allgemeine Bankrisiken eine Lücke enthielten, weil sie den Posten nicht ausdrücklich erwähnen, sei diese Lücke zwanglos in dem Sinne zu schließen, dass der Fonds für allgemeine Bankrisiken in das in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten) einzubeziehen sei. Jede andere Lösung sei fernliegend und würde zu Willkür und Unbestimmtheit führen.

Entgegen der Auffassung des Landgerichtes dürfe die Beklagte die Inhaber der Genussscheine auch nicht an Verlustvorträgen aus dem Vorjahr beteiligen. Zwar habe die Beklagte für die im Jahr 2004 ausgegebenen Genussscheine mit der WK ...19 die in § 4 Abs. 1 GB geregelte Verlustbeteiligung vom Jahresfehlbetrag auf den Bilanzverlust umgestellt. Eine Erläuterung der möglichen Folgen für die Anleger habe die Beklagte dagegen nicht gegeben. Zu Unrecht habe das Landgericht die Genussscheinbedingungen ausschließlich nach dem Verständnis eines fiktiven privaten Kleinanlegers ausgelegt und die Unklarheitenregel und das Transparenzgebot gegen alle Genussscheininhaber angewendet. Zu Unrecht habe das Landgericht aus der Änderung des Wortes „Jahresfehlbetrag“ in „Bilanzverlust“ im Ergebnis abgeleitet, dass sich die Inhaber der Genussscheine WKN ...19 einer Beteiligung der Aktionäre der Beklagten am Verlust begeben und der Willkür der Verwaltung der Beklagten unterworfen hätten, weil sie von der Beklagten mehrfach an einem operativ nur einmal angefallenen Verlust beteiligt werden könnten und mit jeder weiteren Verlustbeteiligung die Aktionäre entlastet würden. Diese Lösung halte einer Inhaltskontrolle nicht stand. Für diese Ungleichbehandlung gebiete der Wortlaut der Genussscheinbedingungen auch keinen Ansatz. Zu Unrecht geht das Landgericht davon aus, dass die Verlustbeteiligung der Inhaber der Genussscheine mit der WKN ...19 jährlich und automatisch erfolge, obwohl sich dies aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 GB nicht ergebe. Die Klägerin ist der Auffassung, wenn die Beklagte die Teilnahme der Genussscheininhaber am Verlust einfordere, müsse sie auch den auf sie bzw. die Aktionäre entfallenden Verlustanteil durch die Auflösung von Rücklagen einbringen. Tue sie dies nicht, könne sie mit der Beteiligung der Genussscheine am Verlust bis zu deren Laufzeitende abwarten. Soweit das Landgericht glaube, „Bilanzverlust“ im Sinne des § 4 Abs. 1 GB ...19 sei nicht der in der Bilanz ausgewiesene Bilanzverlust, sondern der Bilanzverlust vor Verrechnung der Erlöse aus einer auch für die am Bilanzverlust teilnehmenden Genussscheine zwingend jährlich vorzunehmenden Herabsetzung des Genussrechtskapitals, sei dieser Ansatz zwar denkbar, aber nicht zwingend, da er sich dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 GB ...19 nicht entnehmen lasse. Zu Unrecht sei das Landgericht auch davon ausgegangen, dass die Bedingungen anderer Genussscheine der Beklagten für die Auslegung eines Genussscheines nicht heranzuziehen seien. Denn sämtliche Genussscheine sowie andere nachrangige Kapitalinstrumente der Beklagten konkurrierten um das Jahresergebnis. Die Beklagte könne sich jedoch für ihre Auslegung nicht auf die Regelung des § 4 Abs. 1 S. 3 der Genussscheinbedingungen mit der WKN ...56 stützen, weil sich die dort getroffene Regelung lediglich auf § 4 Abs. 1 S. 2 beziehe und nicht auf die Verlustteilnahme. Zudem habe die Beklagte den Bilanzverlust für die Geschäftsjahre 2007/2008 und 2009/2010 materiell erheblich zu hoch ausgewiesen. Denn die Beklagte habe nach ihren eigenen Angaben aufgrund von Forderungsverzichten ihrer Hauptaktionäre 2008 und 2009 Erlöse i.H.v. 600 Mio. €, 450 Mio. € und 101,5 Mio. € erzielt und direkt der Kapitalrücklage zugeführt, was nicht hätte geschehen dürfen. Die Erlöse hätten vielmehr Ergebnis wirksam vereinnahmt werden müssen so dass die Beklagte die jeweiligen Jahresfehlbeträge zu hoch ausgewiesen habe. Die Verlustbeteiligung habe die Beklagte daher falsch berechnet.

Schließlich hätten die Inhaber der Genussscheine WKN ...19 gem. § 4 Abs. 2 GB ...19 einen Anspruch auf vollständige Wiederauffüllung des Buchwerts und Rückzahlung zum Nennbetrag, weil der Jahresüberschuss jeweils durch willkürliche Maßnahmen der Beklagten (Dotierung des Sonderpostens) auf Null reduziert worden sei. Die Klägerin ist der Auffassung, der Vorbehalt, dass die Inhaber der Genussscheine eine Kürzung ihres vertraglichen Rückzahlungsanspruchs im Hinblick auf einen etwaigen erwirtschafteten Verlust der Beklagten dulden müssten, sei ebenso eine Nebenbedingung, die den Rückzahlungsanspruch beschränke, wie der Anspruch auf Wiederauffüllung eine Nebenbedingung zur Verlustteilnahme sei. Diese Nebenbedingungen unterlägen der

21

Inhaltskontrolle. Dass es sich bei dem Sonderposten nicht um einen Teil der Beschlussfassung über die Ergebnisverwendung handele, bedeute nicht, dass er der Ergebnisermittlung zuzuordnen sei. Seinem wahren Charakter nach handele es sich vielmehr um eine Rücklage. Soweit das Landgericht annehme, dass sich aus den Genussscheinbedingungen keine Verpflichtungen der Beklagten gegenüber den Genussscheininhabern im Hinblick auf die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken ergebe, übersehe das Landgericht § 241 Abs. 2 BGB. Auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 14.06.2016 könne sich das Landgericht nicht berufen, weil es dort um die Bildung von Drohverlustrückstellungen gegangen sei. Ohne eine ausdrückliche Regelung in den Genussscheinbedingungen sei die Beklagte jedoch nicht zu einer willkürlichen Dotierung eines offenen Eigenkapitalpostens zum Nachteil der Genussscheininhaber berechtigt.

Die Klägerin ist der Auffassung, das Landgericht habe die Aufstockung des Fonds für allgemeine Bankrisiken im Geschäftsjahr 2013/2014 in Höhe von zusätzlichen 403 Millionen € zu Unrecht für durch § 340 g HGB gedeckt gehalten. Für eine Beurteilung, ob die Dotierung nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wegen der besonderen Risiken des Geschäftszweigs der Kreditinstitute notwendig gewesen sei, um die Lebens- und Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft für die nächste Zukunft zu sichern, hätte es einer umfassenden Überprüfung aller Posten des Jahresabschlusses und die Feststellung der stillen Reserven bedurft, wozu sich die Klägerin nicht in der Lage gesehen habe. Da auch die Beklagte nicht umfassend vorgetragen habe, hätte das Landgericht davon ausgehen müssen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt gewesen seien. Die Überschreitung der Eigenkapitalquote auf Gruppenebene um etwa einen Prozentpunkt sei auch nicht irrelevant, da die Abweichung zwischen 9,36 % und 8 % zwar absolut nur etwa einem Prozentpunkt entsprochen habe, relativ seien dies jedoch 17 % und damit rund 200 Millionen €. Zudem sei die Eigenkapitalausstattung auf der Ebene der A. AG nicht besser gewesen. Das Landgericht setze sich jedoch nicht damit auseinander, dass die Dotierung im Zwischengewinnverfahren zum 31.12.2013 bereits ausgereicht habe, um den Stresstest bestehen zu können. Auch werte es nicht, dass die Zwischendotierung bereits nicht in der konkreten Höhe erforderlich gewesen sei, um den Stresstest zu bestehen und setze sich nicht damit auseinander, dass Kapitalmaßnahmen auf Ebene anderer Gruppengesellschaften hätten erfolgen können, um das Eigenkapital der Gruppe zu stärken. Zu Unrecht sei das Landgericht auch davon ausgegangen, dass es sich bei vermeintlich bestehenden aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen um allgemeine Bankrisiken im Sinne des § 340g HGB handele. Die Vorschrift solle der Verwaltung lediglich die Möglichkeit geben, im Hinblick auf mögliche künftige Wertveränderungen ihrer Bilanzpositionen Reserven zu bilden, ein Recht zur Innenfinanzierung zum Nachteil der Genussscheininhaber begründe die Vorschrift nicht. Auch bei der weiteren Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken zum 31.03.2014 habe die Beklagte wissentlich zum Nachteil der Inhaber der Genussscheine gehandelt. Die Dotierung sei nämlich nicht nur rechtmäßig, sondern auch zweckmäßig auszuüben. Dies sei bereits dann nicht mehr der Fall, wenn sie die Interessen und Rechte der Gläubiger der Beklagten zu verletzen geeignet sei. Die Beklagte habe nicht im Rahmen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit Investitionen getätigt, sondern die endgültige Umverteilung von Vermögen vorbereitet und sich dabei die Befristung der Genussscheine zunutze gemacht.

Die Klägerin ist der Auffassung, ihr stünden die von ihr verfolgten Zahlungsansprüche jedenfalls auch als Schadensersatzansprüche gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB zu. Sie habe dargelegt, dass die Beklagte bei der Aufstellung ihrer Jahresabschlüsse, insbesondere bei Berechnung der Verlustbeteiligungen und der Aufstellung des Jahresabschlusses für die Geschäftsjahre 2007/2008 und 2013/2014 gegen die

Genussscheinbedingungen sowie handelsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Vorschriften verstoßen habe. Solche Verstöße habe die Beklagte regelmäßig zu vertreten. Das Landgericht stelle zwar eine objektiv eingetretene Benachteiligung der Genussrechtsinhaber durch die Dotierung des Sonderpostens fest, sehe die Dotierung allerdings zu Unrecht als Mittel einer legitimen Strategie der Eigenkapitalstärkung. Die Klägerin ist der Auffassung, auf ein zielgerichtetes missbräuchliches Verhalten komme es nicht an, weil sich aus dem durch die Genussscheine begründeten Rechtsverhältnis Schutz- und Verhaltenspflichten der Beklagten gegenüber den Genussscheininhabern ergäben und die Beklagte ihrer Verpflichtung zur Rücksichtnahme nicht nachgekommen sei. Das Landgericht habe nicht geprüft, ob der Umstand, dass die Beklagte durch ihren Hauptaktionär faktisch konzerniert worden und wesentliche unternehmerische Entscheidungen der Verwaltung der Beklagten vorgegeben worden seien, einen Wegfall der Geschäftsgrundlage habe begründen können.

Zu Unrecht habe das Landgericht auch den klägerischen Anspruch auf Zahlung der Zinsen (Ausschüttungen) für die Geschäftsjahre 2007/2008-2013/2014 nach § 2 Abs. 1 und 2 GB mit der Begründung zurückgewiesen, dass durch die Zinszahlungen kein Bilanzverlust entstehen dürfe. Dabei berücksichtige es nicht, dass im Geschäftsjahr 2013/2014 durch die begehrten Zinszahlungen kein Bilanzverlust entstehe, wenn man die rechtswidrige Dotierung des Sonderpostens hinwegdenke. Ihre Ansprüche seien, wenn sie sich schon nicht unmittelbar aus den Genussscheinbedingungen ergeben sollten, jedenfalls im Wege ergänzender Vertragsauslegung begründet, was das Landgericht nicht für erwägenswert gehalten habe. So sei der Rechtsgedanke der Klöckner-Entscheidung heranzuziehen, in der der Bundesgerichtshof den Genussrechtsinhabern in ergänzender Vertragsauslegung einen nachträglichen Anspruch auf Auszahlung des auf das Genusskapital entfallenden Betrages an der gebildeten Drohverlustrückstellung eingeräumt habe, weil die Verluste, die Anlass der Rückstellungsbildung gewesen seien, nicht eingetreten seien. Dieser Rechtsgedanke sei, hielte man die Dotierung für zulässig, ohne weiteres auf den hiesigen Fall übertragbar. Danach sei sie als Inhaberin der Genussscheine mit den WKN ...19 und ...56 so zu stellen, als wäre die Dotierung des Sonderpostens im Geschäftsjahr 2013/2014 nicht erfolgt.

Auch im Übrigen bestünden die von ihr geltend gemachten Rückzahlungsansprüche hinsichtlich der weiteren Genussscheine wegen fehlerhafter Berechnung der Verlustteilnahme. Hinsichtlich der ihr zustehenden Zahlungsansprüche bezüglich der Genussscheine mit der WKN ...56 habe das Landgericht auf Ausführungen zu einem Genussschein mit der WKN ...42 verwiesen, obwohl sich solche Ausführungen nicht im Urteil befunden hätten. Letztlich erweise sich die Entscheidung des Landgerichtes auch nicht aus sonstigen Gründen als richtig. So sprächen die Angaben der Beklagten gegen eine zutreffende Abbildung der Forderungsverzichte aus den Besserungsabreden in ihren Jahresabschlüssen für die Geschäftsjahre 2007/2008 und 2009/2010.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 09.08.2019 (15 O 242/17) abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie für die Geschäftsjahre 2007/2008 bis 2013/2014 Zinsen in Höhe von 2.877.525,00 € auf den Genussschein DE000...197 in Höhe von 9.135.000 € zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von jährlich 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz darauf seit dem 03.08.2014;

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie für die Geschäftsjahre 2007/2008 bis 2013/2014 Zinsen in Höhe von 2.541.945,00 € auf den Genussschein DE000...569 in Höhe von 6.450.000 € zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von jährlich 5 Prozentpunkten über dem

Basiszinssatz darauf seit dem 03.08.2014;

3. die Beklagte zu verurteilen, an sie eine weitere Rückzahlung in Höhe von 563.043,29 € auf den Genussschein DE000...48 über 38.236.700 DM zu leisten, nebst 7,05 % Zinsen jährlich seit dem 31.03.2009; 30
 4. die Beklagte zu verurteilen, an sie eine weitere Rückzahlung in Höhe von 631.296,00 € auf den Genussschein DE000...793 über 21.920.000 € zu leisten, nebst 6,5 % Zinsen jährlich seit dem 31.03.2012; 31
 5. die Beklagte zu verurteilen, an sie eine weitere Rückzahlung in Höhe von 590.650,00 € auf den Genussschein DE000...801 über 20.508.700 € zu leisten, nebst 6,55 % Zinsen jährlich seit dem 31.03.2012; 32
 6. die Beklagte zu verurteilen, an sie eine Rückzahlung in Höhe von 9.135.000 € auf den Genussschein DE000...197 in Höhe von 9.135.000 € zu leisten, nebst 5,625 % Zinsen jährlich seit dem 31.03.2015; 33
 7. die Beklagte zu verurteilen, an sie eine weitere Rückzahlung in Höhe von 4.718.820 € auf den Genussschein DE000...569 in Höhe von 6.450.000 € zu leisten, nebst 4,5 % Zinsen jährlich seit dem 31.03.2017; 34
 8. festzustellen, dass der Jahresabschluss der Beklagten für das Geschäftsjahr 2013/2014 nichtig ist; 35
 9. festzustellen, dass der Jahresabschluss der Beklagten für das Geschäftsjahr 2014/2015 nichtig ist; 36
 10. festzustellen, dass der Jahresabschluss der Beklagten für das Geschäftsjahr 2015/2016 nichtig ist; 37
 11. festzustellen, dass der Jahresabschluss der Beklagten für das Geschäftsjahr 2016/2017 nichtig ist; 38
 12. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr mögliche weitere Schäden zu ersetzen, die durch die fehlerhaften Verlustberechnungen für die Genussscheine DE000...48, DE000...793 und DE000...801 und daraus folgende vertragswidrige Kürzungen der Rückzahlungsbeträge entstanden sind oder noch entstehen. 39
- Hilfsweise beantragt die Klägerin, 40
- das Urteil aufzuheben, und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Landgericht zurückzuverweisen. 41
- Die Beklagte beantragt, 42
- die Berufung zurückzuweisen. 43
- Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlich vorgebrachten Argumente. 44
- Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 45

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet.	47
Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine abweichende Entscheidung, § 513 ZPO.	48
Das Landgericht hat die Klägerin auch nicht in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) verletzt. Es kann insbesondere nicht festgestellt werden, dass die Kammer den Vortrag der Klägerin nicht zur Kenntnis genommen oder sich mit ihm nicht befasst hätte, nur weil sie sich erklärtermaßen Ausführungen aus der Entscheidung im Parallelverfahren vor der 10. Zivilkammer des Landgerichts zu eigen gemacht und sich deren rechtlichen Wertungen angeschlossen hat, ohne darüber hinaus auf sämtliche weiteren, von der Klägerin geltend gemachten Argumente im Einzelnen einzugehen. Der Umstand, dass ein Gericht nicht alle von einer Partei vorgebrachten Erwägungen ausdrücklich erörtert hat, rechtfertigt nicht den Schluss, es habe den Vortrag nicht zur Kenntnis genommen oder nicht erwogen (vgl. BGH, Beschluss vom 27. März 2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288 und vom 11. April 2013 – IX ZR 128/11, Rn. 1, juris). Dass die Entscheidungen der 10. wie auch der 15. Zivilkammer weitgehend übereinstimmende Ausführungen enthalten, ist letztlich darauf zurückzuführen, dass – bei weitgehend unstreitigem Sachverhalt – in beiden Verfahren die Auslegung der überwiegend gleichen Genussscheinbedingungen streitgegenständlich war und daher weitgehend gleichgelagerte, streitentscheidende rechtliche Fragestellungen zu beantworten waren.	49
A. Leistungsanträge (Klageanträge zu 1 – 7)	50
1. Keine Ansprüche der Klägerin hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...19 (Klageanträge zu 1 und 6)	51
Die Klägerin hat gegen die Beklagte in Bezug auf die Genussscheine mit der WKN ...19 weder vertragliche Ansprüche auf Rückzahlung des Nennbetrages, noch kann sie von der Beklagten Schadensersatz, Leistungen aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder Zahlung der geltend gemachten Ausschüttungen verlangen.	52
a.) Kein Rückzahlungsanspruch gem. § 3 Abs. 1 der Genussscheinbedingungen	53
Der Senat teilt die durch eine rechtsfehlerfrei vorgenommene Auslegung der Genussscheinbedingungen gewonnene Auffassung des Landgerichts, dass der Klägerin hinsichtlich der von ihr gehaltenen Genussscheine mit der WKN ...19 (2015er Genussscheine) die geltend gemachten vertraglichen Erfüllungsansprüche auf Rückzahlung des Nennbetrages gem. § 3 Abs. 1 S. 2 der Genussscheinbedingungen WKN ...19 (im Folgenden: GB 119) nicht – auch nicht teilweise – zustehen.	54
Das Landgericht hat zutreffend darauf erkannt, dass die Klägerin die von ihr geltend gemachten Rückzahlungsansprüche weder mit Erfolg auf eine Neuberechnung der Verlustteilnahme der Genussscheininhaber gem. § 4 Abs. 1 GB 119 unter Außerachtlassung der Verlustvorträge aus den Vorjahren, noch darauf stützen kann, dass bei einer vorzunehmenden Neuberechnung in den Rechenposten „in der Bilanz ausgewiesene(s) Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ auch der Sonderposten nach § 340g HGB einzubeziehen ist. Der Senat teilt auch die landgerichtliche Auffassung, dass der klägerseits geltend gemachte	55

Wiederauffüllungsanspruch gemäß § 4 Abs. 2 GB 119 daran scheitert, dass nach den Genussscheinbedingungen das Genussscheinkapital nicht vorrangig vor der Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken wieder aufzufüllen ist. Die hiergegen von der Klägerin mit der Berufung geltend gemachten Erwägungen führen zu keinem anderen Ergebnis.

Nach den vorliegend vertraglich vereinbarten Genussscheinbedingungen vermindern sich die in § 3 Abs. 1 S. 2 GB 119 geregelten Rückzahlungsansprüche der Genussscheininhaber gem. § 4 Abs. 1 GB 119 um einen etwaigen Verlust (Bilanzverlust) in voller Höhe und zwar im Verhältnis der Rückzahlungsansprüche zu dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten), d.h. der Rückzahlungsanspruch jedes Genussscheininhabers mindert sich dann, wenn ein Bilanzverlust ausgewiesen ist, um den Anteil am Bilanzverlust, der sich aus dem Verhältnis seines Rückzahlungsanspruchs zum Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten) errechnet. Dass der Klägerin nach diesen vertraglich vereinbarten Vorgaben ein Zahlungsanspruch zusteht, weil – entgegen der von der Beklagten vorgenommenen Berechnung – Verlustvorträge aus dem Vorjahr im Rahmen des Bilanzverlustes nicht, die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB hingegen als Eigenkapital zu berücksichtigen seien, hat das Landgericht zu Recht verneint. Die Beklagte hat vielmehr zu Recht infolge der eingetretenen Bilanzverluste, auch derjenigen durch Verlustvorträge, den Rückzahlungsanspruch der Genussscheininhaber gem. § 4 der GB 119 gemindert.

aa.) Berechnungsformel des Rückzahlungsanspruchs 57

Einig sind sich die Parteien noch darüber, dass sich die in § 4 Abs. 1 GB 119 geregelte Verlustbeteiligung der Genussscheininhaber und ein danach gegebenenfalls verbleibender Rückzahlungsanspruch mit der nachfolgenden Berechnungsformel darstellen lässt: 58

Rückzahlungsanspruch nach Verlustbeteiligung in % = 59

Rückzahlungsanspruch vor Verlustbeteiligung in % x (1 – Bilanzverlust : in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital, einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne nachrangige Verbindlichkeiten). 60

Streitig ist, wie die in der Berechnungsformel verwendeten Begriffe („Bilanzverlust“, „Eigenkapital“, „einschließlich“) auszulegen und welche Bilanzpositionen demzufolge in die Berechnung einzubeziehen sind. 61

bb.) Berechnung der Verlustteilnahme (§ 4 Abs. 1 GB) 62

Bei der oben dargestellten Berechnung der Verlustteilnahme der Genussscheininhaber gem. § 4 Abs. 1 GB 119 bedürfen sowohl der Begriff „Bilanzverlust“ als auch der Rechenposten „in der Bilanz ausgewiesene(s) Eigenkapital“ einer Auslegung. Zutreffend ist das Landgericht nach einer rechtsfehlerfrei vorgenommenen Auslegung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte bei der Berechnung der Verlustteilnahme der Genussscheine mit der WKN ...19 gem. § 4 Abs. 1 GB 119 die Verlustvorträge aus den Vorjahren als Teil des handelsbilanziell zu verstehenden Bilanzverlustes zu Recht im Zähler der Berechnung berücksichtigt hat und bei der Berechnung davon ausgegangen ist, dass der im Nenner aufgeführte Rechenposten „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ im Sinne des im handelsrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesenen Eigenkapitals (d.h. ebenfalls inklusive der Verlustvorträge aus den Vorjahren) zu verstehen ist, zuzüglich des Genussscheinkapitals, aber ohne den Fonds für Allgemeine 63

Bankrisiken gem. § 340g HGB.

Die hiergegen von der Klägerin erhobenen Einwände überzeugen nicht.	64
(1)	65
Entgegen der Auffassung der Klägerin sind in der Verlustteilnahmeberechnung der 2015er-Genussscheine die Verlustvorträge aus den Vorjahren als Teil des Bilanzverlustes zu berücksichtigen, auch wenn dies vorliegend unstreitig dazu geführt hat, dass die Inhaber der Genussscheine mehrfach an Verlustvorträgen aus den Vorjahren beteiligt wurden. Dies folgt aus einer umfassenden Auslegung des verwendeten Begriffs „Bilanzverlust“ in den Genussscheinbedingungen der Beklagten.	66
(a)	67
Zutreffend und von der Berufung auch nicht beanstandet, ist das Landgericht davon ausgegangen, dass es sich bei den Genussscheinbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff BGB handelt (BGH, Urteil vom 05.10.1992, II ZR 172/91, juris Rn. 13, BGHZ 119, 305, 312 Rn. 13; Urteil vom 28.05.2013, II ZR 67/12, juris Rn. 32; Urteil vom 29.04.2014, II ZR 395/12, juris Rn. 24) und die Verträge über die Gewährung von Genussrechten von der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB nicht erfasst werden, weil sie – die Genussrechte – keine gesellschaftlich geprägten Mitgliedschaftsrechte sind, sondern sich in einem bestimmten geldwerten Anspruch erschöpfen und darin ihr Charakter als schuldrechtliches Gläubigerrecht zum Ausdruck kommt (OLG Frankfurt, Urteil vom 15.07.2015, 19 U 201/13, juris Rn. 75; OLG München, Urteil vom 11.06.2015, 23 U 3443/14, juris Rn. 28). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelten für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht die Regeln der §§ 133, 157 BGB, sondern der Grundsatz der objektiven Auslegung. So sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen sind (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteile vom 29. April 2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 19, vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 11 und vom 28. April 2009 - XI ZR 86/08, WM 2009, 1180 Rn. 21). Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben dabei solche Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend und nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (BGH, Urteile vom 30. Oktober 2002 - IV ZR 60/01, BGHZ 152, 262, 265; vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 11 mwN und vom 07. Dezember 2010 – XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360-379, Rn. 29). Dabei ist in erster Linie der Wortlaut der auszulegenden Klausel maßgeblich (BGH, Urteile vom 09.07.2015 – VII ZR 5/15, BGHZ 206, 203, Rn. 26; vom 24.09.2019 - II ZR 192/18, DB 2019, 2737, 2738). Die Auslegung der verwendeten Begriffe ist einheitlich und damit vorliegend für alle Stücke der jeweiligen Genussrechte nach einem objektiven Maßstab vorzunehmen und Besonderheiten, die sich aus der Person des Einzelnen ergeben, haben außer Betracht zu bleiben. Da es bei der Auslegung auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, ist vorliegend hinsichtlich der GB 119 aufgrund der Mindeststückelung von 100 € auf die Erwartungen und das Verständnis eines privaten - adäquat informierten und angemessen aufmerksamen - (Klein-)Anlegers und nicht das regelmäßig umfassendere Verständnis eines institutionellen Anlegers abzustellen.	68

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 29.04.2014, II ZR 395/12, Rn. 24 zum Begriff „Bilanzverlust“) sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Rechtsbegriffe in der Regel entsprechend ihrer juristischen Fachbedeutung zu verstehen, insbesondere dann, wenn sie erkennbar auf eine gesetzliche Regelung Bezug nehmen. Die sich zu Lasten des Verwenders auswirkende Unklarheitenregel des § 305c Abs.2 BGB greift dagegen nur dann, wenn nach Ausschöpfung aller in Betracht kommender Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind (Roloff in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 305c BGB, Rn. 3 mwN).

(b) 70

Entgegen der Auffassung der Klägerin hat das Landgericht die zur Anwendung kommenden Auslegungsgrundsätze nicht nur zutreffend erkannt, sondern auch rechtsfehlerfrei und im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die vorliegende Klausel angewandt. 71

(aa) 72

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass § 4 Abs. 1 der GB 119 an den gesetzlich in den §§ 158 AktG, 268 Abs.1 HGB definierten Begriff „Bilanzverlust“ anknüpft. Bei dem in Klammern ergänzten und offensichtlich der Erläuterung des etwaigen Verlustes, an dem die Genussscheininhaber teilhaben, dienenden Begriff handelt es sich um einen gesetzlich definierten Rechtsbegriff, der nach den oben genannten Grundsätzen bei der gebotenen objektiven Auslegung regelmäßig nach seiner juristischen Fachbedeutung und damit im Sinne eines handelsrechtlichen bzw. -bilanziellen Verständnisses der maßgeblichen gesetzlichen Regelungen in den §§ 268 HGB, 158 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 AktG zu verstehen ist. Diese Regelungen sind für Banken - wie die Beklagte - durch die Bestimmungen der Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute (RechKredV, neu gefasst durch Bekanntmachung vom 11.12.1998, BGBl I 3658) und die als Anlage zur RechKredV enthaltenen Formblätter 2 + 3 ergänzt worden. Aus dem Gesetz ergibt sich danach, was unter einem Bilanzverlust zu verstehen ist und zudem, nach welchen Regeln der Jahresabschluss aufzustellen ist, vgl. §§ 243 ff. HGB (vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2014 - II ZR 395/12, juris Rn. 28). Durch die erkennbar auf eine gesetzliche Regelung bezugnehmende Verwendung des juristischen Fachbegriffs wird auch dessen gesetzliche Bedeutung in der Rechnungslegung übernommen. Dies gilt auch dann, wenn der Begriff – wie vorliegend – weder durch einen Normzusatz in Klammern noch textlich erläutert wird. Eine Verpflichtung, die sich aus dem Gesetz ergebenden Begriffe in den Genussrechtsbedingungen zu erläutern und den Vertragspartner insoweit zu belehren, obliegt dem Verwender solcher Bedingungen auch nicht (OLG Frankfurt, Urteil vom 15.07.2015, aaO; Fest, WM 2019, 1093, 1095 mwN). Ganz unabhängig hiervon ließe sich hieraus auch kein abweichendes Verständnis des Begriffs herleiten. 73

Der maßgebliche durchschnittliche – adäquat informierte und angemessen aufmerksame – Privatanleger erkennt jedenfalls, dass die in den Genussscheinbedingungen GB 119 vereinbarte Verlustteilnahme der Genussscheininhaber der Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften, insbesondere der in § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KWG a.F. (KWG in der Fassung vor dem 01.01.2014) für die Anerkennung als haftendes Eigenkapital bzw. Ergänzungskapital verlangten Verlustteilnahme dient, wonach das Genussscheinkapital bis zur vollen Höhe am Verlust der Bank teilzunehmen hatte. Denn aus § 1 der GB 119 ergibt sich, dass es sich um „Genussscheine gem. § 10 Abs. 5 KWG“ handelt, also dessen Voraussetzungen für eine Anerkennung als haftendes Eigenkapital vorliegen sollten. Die aufsichtsrechtlich gebotene umfassende Verlustbeteiligung ist zwar bei der Auslegung der Genussscheinbedingungen zu 74

berücksichtigen, für die Bestimmung des Begriffes „Bilanzverlust“ jedoch nicht ausschlaggebend, da der Verlustbegriff im KWG gerade nicht eindeutig definiert ist (vgl. Kokemoor/Theiling, WM 2011, 337, 338). Nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 KWG a.F. reicht es aus, wenn die Genussrechtsgläubiger uneingeschränkt am laufenden Verlust (Jahresfehlbetrag) oder dem Bilanzverlust teilnehmen. In der Praxis sind daher zwei unterschiedliche Gestaltungsvarianten anzutreffen; die Beteiligung am Bilanzverlust und die Beteiligung am laufenden Verlust (vgl. OLG München, Urteil vom 12.01.2012 - 23 U 2737/11, juris Rn. 50 unter Hinweis auf Mülbert, Festschrift für Hüffer, S. 679, 681 und 691). Vor diesem Hintergrund dient der vorliegend in § 4 Abs. 1 als erläuternder Klammerzusatz verwendete Begriff „Bilanzverlust“ bei der vorzunehmenden Verlustbeteiligung des Genussrechtskapitals – auch für den durchschnittlichen Privatanleger erkennbar – dazu, den im KWG nicht definierten Begriff des Verlusts aus § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KWG a.F. für die vorliegend zu beurteilenden Genussscheine zu präzisieren.

Nach den Vorgaben der RechKredV, die an die Stelle der allgemeinen Vorschriften zur Überleitungsrechnung nach § 275 HGB und § 158 AktG treten, ergibt sich der im Jahresabschluss eines Kreditinstituts ausgewiesene Bilanzverlust wie folgt: 75

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag	76
+/- Gewinnvortrag/Verlustvortrag	77
+ Entnahmen aus Kapitalrücklage	78
+ Entnahmen aus Gewinnrücklagen	79
+ Entnahmen aus Genussrechtskapital	80
- Einstellung in Gewinnrücklagen	81
- Wiederauffüllung des Genussrechtskapitals	82
= Bilanzgewinn/Bilanzverlust	83

Erkennbar ist der Bilanzgewinn/Bilanzverlust der Saldo aus 84
Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag und den in § 158 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 AktG
aufgeführten Posten. Der Bilanzverlust entspricht somit dem in der Gewinn- und
Verlustrechnung allgemein unter § 158 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 AktG und bei Kreditinstituten in
Formblatt 2 Überleitungsrechnung Nr. 8 bzw. Formblatt 3 Nr. 34 RechKredV und daran
anknüpfend (§ 268 Abs. 1 S. 2 Halbs. 1 HGB) auch in der Bilanz (Formblatt 1 Passivposten
Nr. 12 lit d RechKredV) ausgewiesenen Betrag und beinhaltet insbesondere auch den
Verlustvortrag, vgl. auch § 158 Abs.1 Nr. 1 AktG. Danach ist ein vorhandener Verlustvortrag
in den Bilanzverlust einzubeziehen (vgl. auch OLG Frankfurt, Urteil vom 16.11.2015, 19 U
201/13, juris Rn. 86, sowie auch schon zuvor Urteil vom 16.11.2011, 19 U 12/11, juris Rn. 31;
die hiergegen gerichteten Nichtzulassungsbeschwerden wurden jeweils zurückgewiesen).

(bb) 85

Dass nach diesem Gliederungsschema in den Bilanzverlust Entnahmen aus dem 86
Genussrechtskapital eingehen, steht dem Auslegungsergebnis nicht entgegen, wie das
Landgericht zutreffend erkannt hat.

Zwar mag dann, wenn unter Berücksichtigung des „Bilanzverlusts“ der eigentlich vorgelagerte Umfang der Entnahmen aus dem Genussrechtskapital berechnet werden soll und zwar durch deren Verringerung aufgrund der Teilnahme am Bilanzverlust, dies streng genommen auf einen Zirkelschluss hinauslaufen, jedenfalls dann, wenn der in Formblatt 1 RechKredV unter Nr. 12 lit. d der Passivposten, in Formblatt 2 Überleitungsrechnungs KredV unter Nr. 8 oder in Formblatt 3 RechKredV unter Nr. 34 ausgewiesene Bilanzverlust bereits in demselben Geschäftsjahr dazu herangezogen wird, das Genussscheinkapital (Formblatt 1 Passivposten Nr. 10 RechKredV) zu verringern bzw. die Entnahmen aus dem Genussscheinkapital (Formblatt 2 Überleitungsrechnung Nr. 5, Formblatt 3 Nr. 31 RechKredV) zu erhöhen (vgl. Fest, WM 2019, 1093, 1096). Ob es zur Vermeidung eines Zirkelschlusses ausreichend wäre - wie Fest (aaO) meint -, die Voraussetzungen der Verlustbeteiligung, namentlich die Feststellung des Bilanzverlustes und deren Vollzug bei der Aufstellung des Jahresabschlusses den richtigen Geschäftsjahren zuzuordnen, kann dahinstehen. Denn der Senat folgt der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2014, II ZR 395/12, juris Rn. 26; ausdrücklich auch OLG München, Urteil vom 12.01.2012, 23 U 2737/11, juris Rn. 47), an der sich auch das Landgericht orientiert hat, wonach die auf den Bilanzverlust bezugnehmende Begrenzung des Rückzahlungsanspruchs der Genussscheininhaber aus Sicht eines durchschnittlich verständigen Anlegers nur Sinn macht, wenn auf den Bilanzverlust vor Entnahme aus dem Genussrechtskapital, d.h. vor dem Abzug des Verlustanteils der Genussrechtsinhaber abgestellt wird, wie dies der Bundesgerichtshof ausdrücklich zu einer Klauselgestaltung ausgeführt hat, die ebenso wie die vorliegend zu Beurteilende bei der Verlustteilnahme der Genussscheininhaber auf den „Bilanzverlust“ abgestellt hat (BGH aaO). Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass der Bundesgerichtshof zum Verständnis des Begriffs „Bilanzverlust“ im Rahmen einer vertraglichen Regelung der Verlustbeteiligung in Genussscheinbedingungen trotz der logisch notwendigen Modifikation, dass nur der Bilanzverlust vor dem Abzug des Verlustanteils der Genussscheininhaber gemeint sein kann, auf den gesetzlich definierten Begriff, insbesondere die Regelungen in den Formblättern 2 und 3 zu § 2 der RechKredV verwiesen hat. Zu einer abweichenden Begriffsauslegung gibt die Aussage des BGH, in Genussscheinbedingungen bezeichne der Begriff „Bilanzverlust“ den Bilanzverlust vor Entnahmen aus dem Genussrechtskapital jedenfalls keinen Anlass. Dabei verkennt der Senat nicht, dass es bei dem dem BGH zur Entscheidung gestellten Fall nicht um die Einbeziehung des Verlustvortrages ging, da dieser – anders als bei den vorliegend zu beurteilenden GB 119 – ausdrücklich ausgeschlossen war. Das Festhalten an einem Begriffsverständnis, welches sich an der gesetzlichen Definition orientiert, spricht jedoch ganz klar für eine Auslegung, die den Verlustvortrag einbezieht, soweit er nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird.

(cc)

88

Vorliegend ergeben sich auch keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür, dass bei der Emission der Genussscheine dem Begriff „Bilanzverlust“ eine andere als die gesetzliche Bedeutung beigemessen, insbesondere der Verlustvortrag aus dem Vorjahr ausgeklammert werden sollte (a.A. Becker, NZG 2016, 1021, 1023 betreffend eine weitgehend vergleichbare Klausel; ablehnend auch Sethe, WM 2012, 577, 582, der einen Begriff sui generis annimmt, sowie Casper, ZIP 2015, 201).

89

Eine Auslegung, wonach Verlustvorträge bei der Verlustbeteiligung auch dann außer Betracht zu bleiben hätten, wenn dies – wie in den GB 119 – nicht ausdrücklich vereinbart sei, lässt sich nach der nach Auffassung des Senates eindeutigen vertraglichen Festlegung auf die Beteiligung am Verlust, nämlich dem „Bilanzverlust“ als gesetzlich definiertem Begriff, nicht rechtfertigen. Dabei kann letztlich dahinstehen, in welchem Umfang weitere Umstände,

90

insbesondere außerhalb der Vertragsurkunde, bei der Auslegung im Rahmen einer Gesamtwürdigung überhaupt Berücksichtigung finden können. Denn die mit der Berufung geführten Angriffe gegen die Auslegung des Landgerichts im Rahmen der vorgenommenen Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung auch weiterer von der Klägerin aufgeführter Umstände überzeugen allesamt nicht.

(aaa)

91

Soweit die Klägerin geltend macht, das Auslegungsergebnis des Landgerichts sei unbillig, weil es dazu führe, dass die Inhaber der 2015er Genussscheine – anders als andere Genussscheininhaber – mehrfach an den Verlustvorträgen aus den Vorjahren und damit an Verlusten aus der Vergangenheit beteiligt würden, ohne dass die Aktionäre – etwa durch die Auflösung von Rücklagen – gleichermaßen beteiligt würden, kann dahinstehen, ob die in den Genussscheinbedingungen festgelegte Verlustbeteiligung der Genussscheininhaber tatsächlich in bestimmten Konstellationen zu Unbilligkeiten führt. Denn die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass die Klausel zur Verlustbeteiligung keiner Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegt und somit keine Billigkeits- oder Angemessenheitskontrolle stattfindet. Die Vereinbarung über die Verlustteilnahme der Genussscheine gehört zu dem einer Inhaltskontrolle entzogenen Hauptleistungsinhalt (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB), weil die Vertragsparteien damit festlegen, ob und in welchem Umfang das Genusskapital wie Eigenkapital als Haftungsmasse zur Verfügung gestellt wird (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 314 f.). Dass der Genussscheininhaber am Bilanzverlust teilnimmt, gehört zum Hauptleistungsinhalt und nicht zur Regelung der Art und Weise der Teilnahme am Verlust. Zum Hauptleistungsinhalt gehört auch die Bestimmung, was unter Bilanzverlust zu verstehen ist und nach welchem Maßstab sich der Rückzahlungsanspruch mindert. Der Inhaltskontrolle unterliegende Regelungen zu der Art und Weise, in der das Genusskapital am Verlust beteiligt wird, enthält § 4 Abs. 1 GB 119 nicht (so zu den RB-Genussscheinbedingungen: BGH, Urt. v. 29.04.2014, II ZR 395/12, juris Rn. 29; OLG Frankfurt, Urteil vom 15. Juli 2015 – 19 U 201/13, juris Rn. 80). Es handelt sich gerade nicht um „Nebenbedingungen“, die einer Inhaltskontrolle unterliegen könnten.

92

Soweit die Klägerin geltend macht, aus der Änderung des Begriffes „Jahresfehlbetrag“ in „Bilanzverlust“ könne nicht abgeleitet werden, „dass sich die Inhaber der Genussscheine ...19 einer Beteiligung der Aktionäre der Beklagten am Verlust begeben und der Willkür der Verwaltung der Beklagten unterworfen haben“, das Landgericht leugne mit seiner Auslegung „im Ergebnis jede Verpflichtung der Aktionäre einen Teil des angefallenen Verlustes zu tragen“, sei jedoch darauf hingewiesen, dass die – auch mehrfache – Beteiligung der Genussscheininhaber am Verlust nicht dazu führt, dass die Aktionäre an Verlustvorträgen nicht (mehr) beteiligt würden. Dem steht bereits entgegen, dass zum Eigenkapital der Beklagten gem. Formblatt 1 Z. 12 d) der RechKredV auch der volle Bilanzverlust einschließlich des vorgetragenen Verlustes gehört. Da auch die Klägerin nicht behauptet, dass durch die Verlustbeteiligung der Genussscheininhaber der entstandene Verlust jeweils vollständig absorbiert werde, bleibt jedenfalls ein Teil des Verlustes stets bei der Beklagten bzw. ihren Aktionären. Dass die Beklagte nach ihrem eigenen Vorbringen nach voller Verlustteilnahme bei Auslaufen aller streitgegenständlicher Genussscheine im Jahr 2017 immer noch einen Verlustvortrag in ganz erheblicher Höhe hatte, hat die Klägerin auch nicht in Abrede gestellt. Zudem ist die Berechnung der Beteiligung der Genussscheininhaber an Verlusten durch die Verwaltung der Beklagten auch nicht „willkürlich“ erfolgt, sondern auf der Grundlage der vertraglich vereinbarten Genussscheinbedingungen. Aus diesen Bestimmungen, insbesondere der Regelung in § 4 Abs. 2 GB 119, wonach Rückzahlungsansprüche nach einer Verlustteilnahme „in den folgenden Geschäftsjahren“

93

gegebenenfalls wiederaufgefüllt werden, wenn Jahresüberschüsse erzielt werden, ergibt sich entgegen der Auffassung der Klägerin auch, dass die Beklagte eine jährliche Verlustteilnahme der Genussscheininhaber auch bei der Anknüpfung der Verlusttragung an den Bilanzverlust vornehmen kann.

(bbb)

94

Darüber hinaus findet aber auch das Verständnis der Klägerin, wonach Aktionäre und Genussscheininhaber gleichermaßen am Verlust zu beteiligen seien, im Wortlaut der Verlustteilnahmeregelung der Genussscheinbedingungen keine Grundlage. So lässt sich den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien keine Verpflichtung entnehmen, einen Verlust durch eine korrespondierende Teilnahme der Aktionäre, etwa durch eine entsprechende Entnahme aus den Rücklagen bzw. durch eine Herabsetzung des Grundkapitals, auszugleichen. § 4 Abs. 1 GB 119 enthält lediglich Regelungen zur - verhältnismäßigen - Berechnung der Verlustteilnahme der Genussscheininhaber, nicht aber weitergehende Verpflichtungen der Beklagten zur Beteiligung von Aktionären an Verlusten. Ob das Aktiengesetz der Verwendung von Rücklagen zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrages oder zur Vermeidung des Ausweises eines Bilanzverlustes entgegensteht, kann dahinstehen. Es besteht jedenfalls grundsätzlich keine gesetzliche Pflicht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, zur Vermeidung von Verlustvorträgen oder zum Ausgleich von Verlusten Rücklagen zu verwenden.

(ccc)

96

Zutreffend hat das Landgericht weiter ausgeführt, dass ein Vergleich mit den Bedingungswerken anderer, früher oder später emittierten Genussscheine für das Verständnis der streitgegenständlichen Klausel schon deshalb nicht weiterführt, weil der durchschnittliche private Kleinanleger, auf dessen Verständnis es - wie bereits ausgeführt - ankommt, solche nicht kennt und daher auch in seine Überlegungen nicht einbeziehen kann. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist insbesondere nicht ersichtlich, inwieweit die Regelungen eines später emittierten Genussscheines beim angesprochenen Kleinanleger das Verständnis eines früheren fördern oder sogar nachträglich eine nicht auflösbare Unklarheit begründen können sollte, da es - wie bereits ausgeführt - auf die Erkenntnismöglichkeiten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt und der später emittierte Genussschein zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beurteilung des früheren noch nicht bekannt war. Soweit die Klägerin geltend macht, in anderen Genussscheinbedingungen seien andere für sie vorteilhaftere Regelungen enthalten, ist auch dies nicht von Relevanz, da es jeweils auf das konkret vereinbarte Vertragswerk und dessen Auslegung ankommt. Nichts anderes lässt sich aus dem Verweis auf § 7 Abs. 2 GB 119 herleiten, wonach alle Inhaber von Genussscheinen an den Zahlungen gemäß den jeweiligen Bedingungen stets gleichrangig teilnehmen. Denn dies gilt eben nur „gemäß den jeweiligen Bedingungen“ und diese können voneinander abweichen. Auch insoweit führen die von der Klägerin angestellten historischen Betrachtungen nicht zu einem abweichenden Auslegungsergebnis.

(dd)

98

Auch eine Anwendung der Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB kommt nicht zu dem von der Klägerin erstrebten Ergebnis. Für eine Anwendung der Unklarheitenregelung reicht es nicht, dass Streit über die Auslegung einer Klausel besteht. Wie das Landgericht unter Voranstellung der allgemeinen Kriterien für das Eingreifen des § 305c Abs. 2 BGB zutreffend ausgeführt hat, verbleiben vorliegend auch nach Prüfung sämtlicher auslegungsrelevanter Umstände keine Zweifel daran, dass angesichts des klaren Wortlauts unter Verwendung des

gesetzlich definierten Begriffs „Bilanzverlust“ neben dem vom Landgericht gewonnenen Auslegungsergebnis kein weiteres Auslegungsergebnis, insbesondere nicht das von der Klägerin favorisierte, rechtlich vertretbar ist. Die - nach Auffassung der Klägerin durch eine ungeprüfte Übertragung aus alten Prospekten und damit irrtümlich erfolgte - Verwendung des Begriffes „Jahresfehlbetrag“ anstelle des Begriffes „Bilanzverlust“ auf Seite 6 des Emissionsprospektes zu den GB 119 mag – angesichts der Regelungen in den Genussscheinbedingungen – unzutreffend sein, macht die Genussscheinbedingungen selbst aber nicht unklar.

(ee)

100

Die Regelung zur Verlustteilnahme der Genussscheininhaber in § 4 Abs. 1 GB 119 stellt auch 101 keine ungewöhnliche oder überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB dar. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich vorliegend um Genussrechte mit Eigenkapitalcharakter. Die Genussscheininhaber sind verpflichtet, der Gesellschaft das Genusskapital in der Weise zur Verfügung zu stellen, dass es bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen wie Eigenkapital haftet. Die Verlustbeteiligung ist also ein Kerncharakteristikum des Genussscheins. Bereits aus diesem Grund ist es nicht überraschend oder ungewöhnlich, dass hierzu Klauseln in den Genussscheinbedingungen enthalten sind. Zur konkreten Ausgestaltung der Verlustbeteiligung existierten auch zum Zeitpunkt der Emission der streitgegenständlichen Genussscheine unstreitig verschiedene, inhaltlich voneinander abweichende Vertragsgestaltungen, ohne dass die Üblichkeit einer bestimmten Gestaltung festgestellt werden könnte. Zu Recht verweist das Landgericht darauf, dass die Anknüpfung einer vom Anleger zu erwartenden Verlustbeteiligung an den Begriff des Bilanzverlusts ebenfalls nicht ungewöhnlich ist, was sich auch darin zeigt, dass dieser Begriff in diversen Genussscheinbedingungen verwendet wurde, die bereits Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen waren (vgl. etwa OLG Frankfurt, Urteil vom 15.06.2015, 19 U 201/13, juris; OLG München, Urteil vom 12.01.2012, 23 U 2737/11, juris.).

Dass in der Praxis unterschiedliche Gestaltungsvarianten anzutreffen sind, wobei neben der 102 Beteiligung am laufenden Verlust (Jahresfehlbetrag) eben auch die Beteiligung am Bilanzverlust üblich war und ist (vgl. OLG München, Urteil vom 12.01.2012, 23 U 2737/11, juris Rn. 50 unter Hinweis auf Mülbert, Festschrift für Hüffer, 679, 681 und 691) stellt die Klägerin auch nicht in Abrede. Inhalt und Begriff des Genussrechtes sind gesetzlich nicht näher definiert. Ein generelles gesetzliches Leitbild für Genussrechte gibt es nicht, bei der Ausgestaltung im Einzelnen sind die Vertragsparteien daher weitgehend frei (BGH, Urteil vom 05.10.1992, II ZR 172/91, juris Rn. 9 mwN). Wie die Klägerin selber einräumt, war es auch zum entscheidenden Zeitpunkt des Vertragsschlusses (2004) üblich und entsprach daher den Erwartungen der Anleger, dass die Regelungen zur Verlustbeteiligung der Genussscheininhaber an gesetzlich festdefinierte Begriffe angeknüpft haben, so entweder an den Jahresfehlbetrag oder eben den Bilanzverlust. Überraschend war die Klausel daher nicht. Insofern war auch die mit der Anknüpfung der Verlustbeteiligung an den juristischen Fachbegriff „Bilanzverlust“ verbundene Rechtsfolge der Beteiligung der Genussscheininhaber auch an vorgetragenen Verlusten nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs.1 BGB.

(2)

103

Entgegen der Auffassung der Klägerin hat das Landgericht aber auch zutreffend und unter 104 Berücksichtigung der vorangestellten Maßstäbe zur Auslegung von Genussscheinbedingungen entschieden, dass mit der Bezeichnung „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ im Nenner der Verlustteilnahmeberechnung gem. § 4 Abs.1

GB 119 das im handelsrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesene Eigenkapital im Sinne von Ziffer 12 Formblatt 1 der RechKredV zuzüglich des Genussscheinkapitals gemeint ist und nicht das aufsichtsrechtliche (haftende) Eigenkapital im Sinne des § 10 Abs. 2 S. 2 KWG in der zum Zeitpunkt der Emission geltenden Fassung. Der Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB ist auch nach Auffassung des Senates daher bei der Verlustteilnahme der Genussscheininhaber gem. § 4 Abs. 1 GB 119 nicht zu berücksichtigen, weil es sich nicht um handelsbilanzielles Eigenkapital handelt (so auch Fest, WM 2019, 1093, 1096).

(a) 105

Da auch bei der Auslegung des Begriffs „Eigenkapital“ nach den bereits dargelegten Maßstäben zur Auslegung von Genussscheinbedingungen primär auf den Wortlaut der Regelung abzustellen ist, spricht die Formulierung „in der Bilanz ausgewiesene(s)“ Eigenkapital eindeutig für eine Bezugnahme auf das Eigenkapital, das im handelsrechtlichen Jahresabschluss als Eigenkapital ausgewiesen wird. Denn nur dort wird das Eigenkapital „ausgewiesen“, wie das Landgericht zutreffend (unter Hinweis auf entsprechende Ausführungen des OLG München, Urteil vom 21.11.2013, 23 U 1864/13, juris Rn.41) und von der Berufung unangegriffen hervorgehoben hat. Bei einem handelsbilanziellen Verständnis des Begriffs Eigenkapital bestimmt sich die Gliederung des Jahresabschlusses nach den Vorgaben des § 266 HGB, der für Kreditinstitute wie die Beklagte durch das Formblatt 1 zu § 2 der RechKredV ersetzt wird. Gem. Ziffer 11 des Formblatts 1 zu § 2 der RechKredV ist auf der Passivseite der Sonderposten „Fonds für allgemeine Bankrisiken“ gesondert und vor dem unter Nr. 12 aufgeführten Eigenkapital auszuweisen, ist im handelsbilanziellen Eigenkapital also nicht enthalten. 106

Soweit die Klägerin nach wie vor vertritt, Ausgangspunkt für den in den GB 119 verwendeten Begriff Eigenkapital sei das haftende Eigenkapital gem. § 10 Abs. 2 S. 2 KWG a.F., welches aus dem Kernkapital und dem sog. Ergänzungskapital bestehe, wobei zum Kernkapital gem. § 10 Abs. 2 S. 2, Abs. 2a S. 1 Nr. 7 KWG a.F. auch der Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340 g HGB gehöre, negiert sie die konkrete Formulierung in den streitgegenständlichen Bedingungen, wonach das „in der Bilanz ausgewiesene“ und nicht – wie bei anderen Bedingungen das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital i.S.d. § 10 KWG“ oder das „haftende Eigenkapital nach § 10 KWG“ Ausgangspunkt für die Auslegung ist. Dass die Genussscheine mit dem Motiv ausgegeben wurden, sie als haftendes Eigenkapital behandeln zu dürfen, ändert hieran nichts. 107

Der für das Verständnis maßgebliche durchschnittliche private Anleger wird den Hinweis auf das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital“ (ohne jeglichen auf das aufsichtsrechtliche Eigenkapital hinweisenden Zusatz) danach als Verweis auf den entsprechenden Gliederungspunkt in dem für Kreditinstitute maßgeblichen Formblatt verstehen, dass den Fonds für allgemeine Bankrisiken gerade nicht umfasst. Dass es eine hiervon abweichende Verkehrssitte gegeben haben soll, in Genussscheinbedingungen stets auf die haftenden Eigenmittel abzustellen, hat die Klägerin nicht dargetan. Hierauf käme es angesichts des klaren Wortlauts der Regelung jedoch auch nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 30.06.2009, XI ZR 364/08, juris). 108

Soweit die Klägerin geltend macht, die Beklagte habe den Begriff Eigenkapital selber - etwa im Jahresabschluss 1991/1992 - nicht im Sinne des Passivpostens 12 des Formblatts 1 zur RechKredV vom 10.02.1992 verstanden, hält die Beklagte dem zu Recht entgegen, dass sie sich mit der Verwendung der Begrifflichkeit „haftendes Eigenkapital“ auf Seite 61 des Jahresabschlusses 1991/1992 lediglich zutreffend auf die gesetzliche Begrifflichkeit in § 10 KWG a.F. bezogen und dies auch ausdrücklich durch den Zusatz „im Sinne des § 10 KWG“ 109

klargestellt habe. Mit der Verwendung der Formulierung „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital“ in den Genussscheinbedingungen wird aber gerade nicht - und schon gar nicht ausdrücklich - auf das haftende Eigenkapital abgestellt. Nichts anderes gilt im Ergebnis hinsichtlich des von der Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz in Bezug genommenen „Vertrag(s) über die Stille Beteiligung“ aus dem Jahr 2002. Soweit dort in § 5 Abs.1 des jeweiligen Beteiligungsvertrages eine Aussage darüber getroffen ist, dass sowohl die stillen Gesellschafter, als auch die Inhaber von Genussrechten und alle Aktionäre der Beklagten an einem etwaigen Bilanzverlust der Bank proportional mit dem ihrer Einlage entsprechenden Betrag teilnehmen, hat auch dies keinen Einfluss auf die Auslegung der vorliegend streitgegenständlichen Genussscheinbedingungen. Über die Berechnungsgrundlagen der jeweiligen Verlustteilnahme der stillen Gesellschafter, der Genussscheininhaber oder der Aktionäre trifft die Regelung auch keinerlei Aussage. Gleiches gilt letztlich auch hinsichtlich der von der Klägerin in Bezug genommenen Prospekte, die sich nicht auf die streitgegenständlichen Genussscheine beziehen und in denen auf das „haftende Kapital“ verwiesen wird.

Der Senat ist schließlich der Auffassung, dass sein Verständnis sich auch in der von den Parteien kontrovers ausgelegten Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.04.2014 (II ZR 395/12), insbesondere in den Ausführungen unter Rn. 28, widerspiegelt. Hierin hatte der BGH u.a. über die Transparenz einer ähnlichen Vertragsklausel in Genussscheinbedingungen zu befinden, die für die Berechnung der Verlustteilnahme ebenfalls auf das „Eigenkapital (einschließlich Genussrechtskapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ Bezug nahm. Zu Recht macht die Klägerin zwar geltend, dass der BGH in dieser Entscheidung über die Auslegung gerade des Eigenkapitalbegriffs nicht zu entscheiden hatte und daher auch nicht ausdrücklich ausgeführt hat, dass Ziffer 12 Formblatt 1 zu § 2 RechKredV als Ausgangspunkt bei der Auslegung des Begriffs „Eigenkapital“ maßgeblich sei. Der Entscheidung ist jedoch nicht nur zu entnehmen, wie der Begriff „Bilanzverlust“ zu verstehen ist und dass die für die Ermittlung der Verlustbeteiligung der Genussscheininhaber einzubeziehenden Begriffe „Bilanzverlust“ und „Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ hinreichend klar bestimmt sind. Ihr lässt sich vielmehr auch entnehmen, dass die untersuchte Klausel über die Verminderung eines Rückzahlungsanspruchs bei einem Bilanzverlust nicht gegen das Transparenzgebot verstößt, weil nicht nur der Begriff Bilanzverlust im Sinne der (handelsbilanziellen) gesetzlichen Regelung in § 158 AktG zu verstehen ist, sondern sich auch aus den handelsbilanziellen Vorschriften der §§ 243 ff HGB ergibt, wie ein Jahresabschluss aufzustellen ist. Ausdrücklich führt der BGH aus, dass er den Begriff „Eigenkapital“ für in der Vertragsbestimmung ausreichend erläutert erachtet und die hierzu in der Klausel verwendeten Begriffe („die dabei verwandten Begriffe“) „Eigenkapital“ sowie die im Klammerzusatz genannten Begriffe „Genussrechtskapital“ und „nachrangige Verbindlichkeiten“, hinsichtlich deren Verständnis der BGH in einem Klammerzusatz ausdrücklich auf das Formblatt 2 Nr. 1 bis 8 und Formblatt 3 Nr. 27 bis 34 zu § 2 RechKredV verweist, für ausreichend transparent erachtet. Damit bezieht sich auch der Bundesgerichtshof in dem von ihm zu entscheidenden Fall eindeutig auf das handelsbilanzielle Verständnis sämtlicher in der zu beurteilenden Klausel verwendeten Rechtsbegriffe. Wäre dies anders, oder hätte er den Begriff „Eigenkapital“ für missverständlich, oder jedenfalls auch eine Auslegung im Sinne eines haftenden Eigenkapitals gem. § 10 KWG für denkbar erachtet, hätte dies der vom BGH vorgenommenen Annahme des Begriffes „Eigenkapital“ als hinreichend bestimmt entgegengestanden. Dass der Begriff „Eigenkapital“ in den im BGH-Urteil ausdrücklich erwähnten Formblättern 2 und 3 zu § 2 RechKredV keine Erwähnung findet, ist daher nicht von entscheidender Bedeutung. Es kann daher auch dahinstehen, ob es sich – wovon das

Landgericht auszugehen scheint – bloß um einen redaktionellen Fehler gehandelt hat, dass hinsichtlich der Begriffsbestimmungen lediglich auf die Formblätter 2 und 3 verwiesen wurde.

Hieran ändern auch die rechtshistorischen Betrachtungen der Klägerin zur Rechtslage vor Inkrafttreten der RechKredV nichts. Denn die ältesten streitgegenständlichen Genussscheine wurden im Jahr 1997 und damit 5 Jahre nach Inkrafttreten der RechKredV am 10.02.1992 emittiert, so dass bei der Auslegung ohne weiteres auf deren Regelungsgehalt zurückgegriffen werden kann. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Formulierung von der Beklagten für bereits kurz vor Inkrafttreten der RechKredV im Geschäftsjahr 1991/1992 emittierte Genussscheine verwendet und in der Folgezeit nicht mehr verändert worden ist. Die Beibehaltung der Formulierung zeigt vielmehr, dass sie die von ihr verwendeten Begriffe im Sinne der RechKredV verstanden und daher auch keinen Anlass gesehen hat, die Formulierung nach deren Erlass zu ändern. 111

(b) 112

Der Argumentation der Klägerin, dass sich jedenfalls aus dem Klammerzusatz „einschließlich Genussrechtskapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten“ ergebe, dass nur oder jedenfalls auch das aufsichtsrechtliche Eigenkapital im Sinne des § 10 KWG a.F. gemeint sein könne, kann der Senat ebenfalls nicht folgen. Die in der Berufung gerügten Wertungswidersprüche im landgerichtlichen Urteil bestehen eben so wenig wie Fehler, die auf eine Unkenntnis maßgeblicher Vorschriften des KWG a.F. zurückzuführen sein könnten. 113

(aa) 114

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass die Formulierung „einschließlich Genussrechtskapital“ im Sinne eines „zusammen mit“ zu verstehen ist, und damit eine (konstitutive) Erweiterung des Eigenkapitals um das Genussrechtskapital zum Ausdruck gebracht werden soll. Zu Recht hat das Landgericht darauf abgehoben, dass bei einem aufsichtsrechtlichen Verständnis des Begriffs „Eigenkapital“ der Klammerzusatz „einschließlich Genussrechtskapital“ überflüssig wäre, weil gem. § 1 GB 119 nur Genussrechtskapital geschaffen werden sollte, welches zum haftenden Kapital nach § 10 Abs. 2 S. 2 KWG gehört, d.h. die dortigen Voraussetzungen erfüllt. Beim Abstellen auf das haftende Eigenkapital nach § 10 Abs. 2 S. 2 KWG würde das Genussscheinkapital, welches gem. § 1 GB 119 die Voraussetzungen für eine Haftung als Eigenkapital erfüllt, ohnehin erfasst. Auch diese Feststellung des Landgerichts ist daher zutreffend und spricht gegen ein aufsichtsrechtliches Verständnis des Begriffs „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital (einschließlich Genussrechtskapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“. 115

(bb) 116

Auch der nachfolgend vorgenommene Ausschluss „jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten“ steht nicht im Widerspruch zu der vom Landgericht vorgenommenen handelsbilanziellen Auslegung. Zwar werden die unter Nr. 9 Formblatt 1 zu § 2 RechKredV aufgeführten „anderen nachrangigen Verbindlichkeiten“ – ebenso wie das Genussscheinkapital (Nr. 10 Formblatt 1 zu § 2 RechKredV) – vom handelsbilanziellen Eigenkapitalbegriff ohnehin nicht erfasst. Doch ergibt gerade die im Klammerzusatz vorangestellte konstitutive Erweiterung des Eigenkapitalbegriffs „einschließlich Genussscheinkapital“ auch der nachfolgenden Ergänzung „jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten“ einen zumindest klarstellenden Sinn dahingehend, dass neben der speziell geregelten nachrangigen Verbindlichkeit „Genussscheinkapital“ nicht noch andere nachrangige Verbindlichkeiten zugerechnet werden sollen. Dass der Fonds für allgemeine 117

Bankrisiken nicht im Klammerzusatz erwähnt wird, ergibt bei diesem Verständnis ebenfalls Sinn, weil es sich bei diesem gerade nicht um eine nachrangige Verbindlichkeit handelt.

(cc) 118

Zutreffend hat daher das Landgericht eine Bestätigung seiner Auslegung in den Ausführungen des BGH in seinem Urteil vom 29.04.2014 (II ZR 395/12) gesehen, dem – wie bereits ausgeführt – Genussscheinbedingungen zugrunde lagen, bei denen auf das „Eigenkapital (einschließlich Genussrechtskapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ Bezug genommen wurde, für deren Verständnis der BGH ebenfalls auf die handelsbilanziellen Begriffe abgestellt hat. 119

Das Landgericht hat sich auch zutreffend gegen das Urteil des OLG München vom 21.11.2013 (23 U 1864/13) abgegrenzt. Der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München kam hinsichtlich der von ihm zu beurteilenden Genussscheinbedingungen, die auf das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital (ohne nachrangige Verbindlichkeiten)“ abstellten, keinesfalls zu dem Ergebnis, dass nicht die Gliederung nach Formblatt 1 zu § 2 der RechKredV, sondern der aufsichtsrechtliche Eigenkapitalbegriff maßgeblich sei. So ist festzuhalten, dass das OLG München eine in entscheidenden Punkten abweichende Klausel zu beurteilen hatte. Gerade wegen der Abweichung von der vorliegend zu beurteilenden Klausel, nämlich dem Umstand, dass die Klausel nicht den Klammerzusatz „einschließlich Genussscheinkapital“ enthielt und auch nicht auf „andere“, sondern auf „die“ nachrangigen Verbindlichkeiten Bezug nahm, kam das OLG München zu dem Ergebnis, dass nicht klargestellt worden sei, wie mit dem Genussscheinkapital zu verfahren sei und daher eine unklare Klausel vorliege. So war nach Auffassung des OLG München die Unklarheitenregelung des § 305c BGB anzuwenden, da angesichts des dort zu beurteilenden Inhalts der Klausel nicht ausgeschlossen werden könne, dass bei der Ermittlung der Bedeutung der zu beurteilenden Regelung auch auf die Begrifflichkeiten in § 10 KWG a.F. zurückzugreifen sei (vgl. OLG München aaO, juris Rn. 42 ff). Aus dem Umstand, dass der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des OLG München mangels des Erfordernisses der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zurückgewiesen hat, kann daher auch nicht geschlossen werden, dass das hier zugrunde gelegte Verständnis der BGH-Entscheidung vom 29.04.2014 (II ZR 395/12) unzutreffend sein müsse. 120

(c) 121

Die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 HGB kommt daher auch insoweit nicht zur Anwendung, weil aufgrund der Bezugnahme auf das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital“ und dem Umstand, dass auch der Begriff des Bilanzverlustes in § 4 Abs. 1 GB 119 – wie bereits ausgeführt – im handelsbilanziellen Sinn zu verstehen ist, ein handelsbilanzielles Verständnis zugrunde zu legen ist und daneben kein weiteres, insbesondere nicht das Auslegungsergebnis der Klägerin dem Senat rechtlich vertretbar erscheint. 122

(d) 123

Die vertragliche Bestimmung über die Verminderung des Rückzahlungsanspruchs bei einem Bilanzverlust in § 4 Abs.1 GB 119 ist schließlich auch nicht wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Das Transparenzgebot verlangt vom Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten des Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar ohne vermeidbare Unklarheiten und Spielräume darzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2014, II ZR 395/12, juris Rn. 27). 124

Darüber hinaus gebieten es Treu und Glauben, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGH aaO mwN).

Diesen Anforderungen genügt die Klausel, da für den durchschnittlichen Privatanleger hinreichend klar ist, dass es auf den im Jahresabschluss der Beklagten ausgewiesenen Bilanzverlust ankommt und dass sich sein Rückzahlungsanspruch im Verhältnis des Rückzahlungsanspruchs zum Eigenkapital mindert. Was unter „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital“ zu verstehen ist, ist in § 4 Abs. 1 GB 119 verständlich erläutert, die dabei verwendeten Begriffe sind gesetzlich hinreichend bestimmt (vgl. Formblätter 1 bis 3 zu § 2 RechKredV) und die hiernach maßgeblichen Beträge lassen sich jeweils dem Jahresabschluss der Beklagten entnehmen (vgl. zu diesen Anforderungen: BGH, Urteil vom 29.04.2014, II ZR 395/12, Rn. 28), was jedoch nicht bedeutet, dass der Anleger anhand der Angaben im Jahresabschluss ohne weiteres seine Ansprüche berechnen können müsste. 125

(e) 126

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Beklagte den Bilanzverlust für die Geschäftsjahre 2007/2008 und 2008/2009 erheblich zu hoch ausgewiesen und hierdurch den Genussscheininhabern zu hohe Verlustbeteiligungen zugerechnet hat. 127

Soweit die Klägerin unter Bezugnahme auf die Angaben der Beklagten zum Vorrang der Besserungsscheine gegenüber den Genussscheinen geltend macht, es dränge sich der Verdacht auf, dass die Verlustteilnahmeberechnung der Genussscheininhaber auch deshalb fehlerhaft sei, weil die ergebnisneutrale Verbuchung der von der KfW gewährten Darlehen bzw. der mit dem Verzicht auf die Rückzahlung der Darlehen verbundenen Zuzahlungen in die Kapitalrücklage (mit Besserungsabrede) unzulässig sei, ist schon nicht hinreichend dargetan, dass die – in den Jahren 2007/2008 und 2008/2009 erfolgte, geprüfte und in der Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt beanstandete – Verbuchung in den Jahresabschlüssen tatsächlich unzutreffend erfolgt ist und warum die Erlöse stattdessen ergebniswirksam hätten vereinnahmt werden müssen, zumal die Klägerin selber einräumt, den Inhalt der Besserungsabreden nicht zu kennen. Auf die Folgen des Rückkaufs der Besserungsscheine in den Geschäftsjahren 2017/2018 und 2018/2019 kann die Klägerin sich schon deshalb nicht berufen, weil zu diesem Zeitpunkt die Laufzeit sämtlicher streitgegenständlicher Genussscheine längst abgelaufen war. 128

cc.) Kein Anspruch auf Wiederauffüllung § 4 Abs. 2 GB 119 129

Zutreffend hat das Landgericht auch einen Anspruch auf Wiederauffüllung des Rückzahlungsanspruchs gem. § 4 Abs. 2 GB 119 unter Hinweis darauf abgelehnt, dass zwar keine Bindung an den Jahresabschluss bestehe, Zuführungen zum Sonderposten nach § 340g HGB entgegen der Auffassung der Klägerin den Ansprüchen der Genussscheininhaber auf Wiederauffüllung ihrer Rückzahlungsansprüche nach § 4 Abs. 2 GB 119 aber vorgingen und nicht festgestellt werden könne, dass die Dotierungen des Sonderpostens durch die Beklagte in den Geschäftsjahren 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 zu Unrecht erfolgt seien. 130

(1) 131

Der Umstand, dass der Jahresabschluss der Beklagten auch im Geschäftsjahr 2013/2014 aufgrund der Dotierung in den fraglichen Jahren unstreitig keinen Jahresüberschuss 132

ausgewiesen hat, stünde zwar ihrer Inanspruchnahme auf Wiederauffüllung grundsätzlich nicht entgegen. Denn zutreffend hat das Landgericht darauf verwiesen, dass dann, wenn Genussrechte – wie vorliegend – auf den „Jahresüberschuss / Jahresfehlbetrag“ abstellen und damit nicht an die Rechtsstellung der Aktionäre gebunden sind, der Genussrechtsinhaber Fehler in der rechnerischen Feststellung und sonstige Unrichtigkeiten uneingeschränkt geltend machen und auf Auszahlung des richtig ermittelten Betrags klagen kann (vgl. MünchKomm-AktG/Habersack, 4. Aufl., § 221 Rn. 282).

(2) 133

Die Zuführung zum Sonderposten gem. § 340g HGB geht vorliegend den Ansprüchen der Genussscheininhaber auf Wiederauffüllung ihrer Rückzahlungsansprüche nach § 4 Abs. 2 GB 119 jedoch vor. Sie ist Teil der Ergebnisermittlung und nicht Teil der Gewinnverwendung. Bei der Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken handelt es sich auch nicht „materiell“ um die Bildung einer „Rücklage“. Den Genussscheinbedingungen kann nicht entnommen werden, dass dem Anspruch der Genussscheininhaber auf Wiederauffüllung lediglich die gesetzliche Verpflichtung zur Wiederauffüllung der gesetzlichen Rücklagen der Beklagten vorgehe. Dem steht schon entgegen, dass die Klausel nicht von einem Vorrang „vor der Dotierung von Rücklagen“ ausgeht, sondern auf eine Wiederauffüllung „vor einer anderweitigen Verwendung der Jahresüberschüsse“ abstellt. 134

(a) 135

Vielmehr ist bei der Ermittlung des „Jahresüberschuss(es)“ im Sinne des § 4 Abs. 2 GB 119 der Sonderposten nach § 340g HGB einzubeziehen, d.h. der Jahresabschluss ergibt sich nach der Zuführung des Sonderpostens gem. § 340g HGB und nicht unter dessen Außerachtlassung. Auch dies ergibt sich aus einer Auslegung der in § 4 Abs. 2 GB 119 verwendeten Rechtsbegriffe nach ihrer juristischen Fachbedeutung und hat – entgegen der Auffassung der Klägerin – nichts mit der Einräumung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechtes zugunsten der Beklagten oder der Zubilligung freien Ermessens oder gar eines Willkürrechtes zu tun. Für die Wortlautauslegung ist daher abermals auf das handelsbilanzielle Verständnis abzustellen. Der Jahresüberschuss lässt sich der Gewinn- und Verlustrechnung entnehmen, die gem. § 275 Abs. 2 HGB mit dem Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag endet. Für Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstitute ist Aufwandsposten 15 bzw. Ertragsposten 12 Formblatt 2 bzw. Posten Nr. 27 Formblatt 3 zu § 2 RechKredV maßgeblich (vgl. auch Mülbert/Sajnovits, WM 2017, 1725, 1730). Zwar sehen die Formblätter 2 und 3 zu § 2 RechKredV keinen Posten für den Sonderfonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB vor. Die Kreditinstitute sind jedoch gemäß § 340g Abs. 2 HGB verpflichtet, die Zuführungen zum Sonderposten für allgemeine Bankrisiken in der Gewinn- und Verlustrechnung gesondert auszuweisen. Die Verortung des gebotenen Ausweises ergibt sich aus der Natur des Jahresergebnisses (vgl. Fest, WM 2019, 1093, 1095). Dieses ist der Saldo aller Erträge und Aufwendungen, so dass die Zuführungen zum Sonderposten für allgemeine Bankrisiken entweder in einem eigenen Posten (z.B. „Zuführung zum Fonds für allgemeine Bankrisiken“) oder in einem Unterposten vor dem Jahresergebnis ausgewiesen werden müssen. Hiermit geht einher, dass die Zuführungen ergebniswirksam erfolgen (OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 06.03.2014 - OVG 1 B 18.12, BeckRS 2014, 49559, Ziffer 2.n), also Teil der Gewinnermittlung und nicht der Gewinnverwendung sind (vgl. Begr. GesE BReg Bankbilanzrichtlinie-Gesetz, BT-Drucks. 11/6275, S. 23; Braun, KölnKommRechnungslegung, 1. Aufl. 2011, § 340g HGB Rn. 22; Morfeld, in: Häublein/Hoffmann-Theinert, HGB, 15. Ed. Stand: 01.11.2016, § 340g Rn. 4; Gaber, Bankbilanz nach HGB, 2014, S. 453; Fest, WM 2019, 1093, 1095 mwN). Nach ganz 136

einheitlicher Auffassung in Literatur und Rechtsprechung sind auf die Bildung des Fonds für allgemeine Bankrisiken die Vorschriften über die Gewinnverwendung nicht anzuwenden. Daher sind auch nicht vorrangig die Genüsse aufzufüllen. Der Sonderposten nach § 340g HGB ist gem. Formblatt 1 zu § 2 der RechKredV in der Bilanz als „Fonds für allgemeine Bankrisiken“ zu bezeichnen und steht in Ziff. 11 der Passivseite der Bilanz (also vor dem Eigenkapital, das in Ziff. 12 der Passivseite der Bilanz steht). Damit ist die rechtliche Einordnung und Behandlung des Sonderpostens „Fonds für allgemeine Bankrisiken“ gesetzlich geregelt.

Auf eine im juristischen und handelsbilanziellen Schrifttum geführte Diskussion über die Abgrenzung von Sonderposten und Rücklagen im juristischen Sinne kommt es für die Auslegung der Klausel nicht entscheidend an (so auch Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 03.05.2019, 9 U 83/18, juris Rn. 107). Stellt man für die Auslegung zutreffend auf das Verständnis der damaligen Vertragsparteien und darauf ab, inwieweit die Zuführung gem. § 340g HGB als Teil der Gewinnermittlung für die Anleger erkennbar war, verweist die Beklagte unter exemplarischer Vorlage ihres Geschäftsberichtes von 1999/2000 darauf, dass sie in ihren Gewinn- und Verlustrechnungen die Zuführung des Fonds für allgemeine Bankrisiken schon damals im Rahmen der Gewinnermittlung ausgewiesen, d.h. unter Berücksichtigung dieser Zuführung das Jahresergebnis berechnet hat. 137

Es bestehen nach alledem für den Senat keine Zweifel daran, dass ein durchschnittlich verständiger Anleger die Wiederauffüllungsklausel nur so verstehen kann, dass es auf den Jahresüberschuss unter Einbeziehung von Zuführungen zum Sonderposten „Fonds für allgemeine Bankrisiken“ ankommt. 138

(b) 139

Die Klausel ist auch weder unklar im Sinne des § 305c Abs. 2 HGB noch intransparent gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn die Wiederauffüllungsklausel ist für den durchschnittlich verständigen Anleger sowohl bei isolierter Betrachtung als auch unter Berücksichtigung ihres Gesamtzusammenhangs mit den anderen im Sachzusammenhang stehenden Klauseln eindeutig und bestimmt. Die in der Klausel verwendeten Begriffe sind unter Rückgriff auf ihre juristische Begriffsbestimmung klar und die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile, die durch die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken für den Genussscheininhaber entstehen können, sind hinreichend deutlich erkennbar. Aus der Klausel ergibt sich, dass, damit eine Wiederauffüllung in Betracht kommen kann, Jahresüberschüsse erzielt werden müssen. Die gesetzlichen Voraussetzungen, damit ein Jahresüberschuss ausgewiesen werden kann, ergeben sich – wie bereits ausgeführt – aus den gesetzlichen Anordnungen über die Ergebnisermittlung. Die Möglichkeit von Kreditinstituten, gem. § 340g HGB einen Fonds für allgemeine Bankrisiken zu dotieren, und dessen Einordnung als Teil der Gewinnermittlung ergeben sich ebenfalls aus dem Gesetz. Eine Verpflichtung, über die Bedeutung der Rechtsbegriffe aufzuklären oder über die hiermit verbundenen wirtschaftlichen Risiken im Rahmen der Vertragsbedingungen zu belehren, besteht im Übrigen nicht (BGH, Urteil vom 20.02.2014 - IX ZR 137/13, juris Rn. 25 mwN). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung besteht insbesondere keine Verpflichtung, in Genussscheinbedingungen auf die Möglichkeit der Ausübung bilanzieller Gestaltungsspielräume hinzuweisen (BGH, Urteil vom 14. Juni 2016 - II ZR 121/15, juris Rn. 17, 19). 140

(c) 141

142

Zutreffend ist das Landgericht auch von der Rechtmäßigkeit der Dotierung des Sonderpostens nach § 340g durch die Beklagte ausgegangen. Die Klägerin hat auch in der Berufungsinstanz nicht darzulegen vermocht, dass die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB durch die Beklagte in den Geschäftsjahren 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 unrechtmäßig oder unzulässig war. Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass steigende aufsichtsrechtliche Vorgaben unter das Tatbestandsmerkmal der allgemeinen Bankrisiken fallen, vor denen Risikovorsorge betrieben werden kann (aa), die allein dem Vorstand der Beklagten obliegende Entscheidung über die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB nur eingeschränkter gerichtlicher Überprüfung unterliegt (bb), und die von der Beklagten der Höhe nach vorgenommene Dotierung jedenfalls nicht unvertretbar ist (cc).

(aa)

143

Nach § 340g Abs. 1 HGB dürfen Kreditinstitute zur Sicherung gegen die besonderen Risiken des Geschäftszweigs („allgemeine Bankrisiken“) auf der Passivseite der Bilanz einen Sonderposten „Fonds für allgemeine Bankrisiken“ bilden, soweit dies nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendig ist (vgl. zur Entstehungsgeschichte sowie zur Zielsetzung ausführlich Merkt, BKR 2019, 261 ff; Gaber, WM 2018, 105 ff; Löw, WM 2020, 625 ff.).

144

Der Zweck des Sonderpostens nach § 340g HGB besteht in der Vorsorge vor branchenspezifischen Risiken, denen durch die Bildung von offenen Vorsorgereserven durch die Dotierung des Sonderpostens begegnet werden soll (vgl. Mülbert/Sajnovits WM 2017, 1725 ff.; Löw, WM 2020, 625, 629). Branchenspezifische Risiken von Banken bestehen insbesondere aufgrund der Vernetzung der Banken untereinander, aber auch mit anderen Unternehmen und der Volkswirtschaft insgesamt. Im Gegensatz zu anderen Unternehmen verfügen Banken jedoch zumeist über eine nur geringe Eigenkapitalausstattung, die sie besonders vertrauensempfindlich machen. Die Bildung von offenen Vorsorgereserven durch die Dotierung des Sonderpostens soll diesen Risiken begegnen (MünchKommHGB-Böcking/Gros/Torabian, 3. Aufl. 2013, Vorbemerkungen zu §§ 340f, 340g Rn. 23 - 26).

145

Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass dem Tatbestandsmerkmal der Sicherung vor „allgemeinen Bankrisiken“ auch das Erreichen einer ausreichenden aufsichtsrechtlich geforderten Eigenkapitalquote als ein regulatorisches Risiko unterfällt. Unter den allgemeinen Bankrisiken, gegen welche Kreditinstitute sich gem. § 340g HGB durch Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken absichern dürfen, sind die in § 340g Abs. 1 Hs. 2 HGB genannten „besonderen Risiken des Geschäftszweiges der Kreditinstitute“ zu verstehen, also das allgemeine Branchenrisiko, dass sich in Erfolgs- und Liquiditätsrisiken einteilen lässt (vgl. MünchKommHGB-Böcking/Gros/Torabian aaO, Vorbem. Zu §§ 340f, 340g HGB, Rn. 19 ff. mwN). Zu den allgemeinen Branchenrisiken der Kreditinstitute gehören auch das typische Risiko der Kreditinstitute von steigenden bankrechtlichen Anforderungen und den damit verbundenen strengeren Vorgaben für die aufsichtsrechtlichen Eigenmittel (CET1- Quote). Diesen Anforderungen unterliegen - neben Versicherungen - nur Banken, so dass es sich schon von daher um ein allgemeines typisches Branchenrisiko handelt (Gaber, WM 2018, 100, 103, 105, 115). Dabei geht es bei der sich aus der Dotierung ergebenden „Stärkung des Kernkapitals“ zur Absicherung gegen steigende aufsichtsrechtliche Risiken nicht nur darum, durch die Dotierung bestehende regulatorische Vorgaben einzuhalten, sondern gerade auch darum, dem Risiko (künftig) steigender Anforderungen zu begegnen. Daher gehören zu den besonderen Branchenrisiken einer Bank insbesondere auch solche regulatorischen Risiken (Mülbert, WM 2017, 1725, 1728). Denn werden bankaufsichtsrechtliche Vorgaben nicht eingehalten, hat das betreffende Institut mit aufsichtsrechtlichen Konsequenzen bzw.

146

Sanktionen zu rechnen, die schwerwiegende Auswirkungen auf den weiteren Geschäftsbetrieb des Instituts haben und unmittelbar dessen wirtschaftliche Existenz bedrohen können. Hinzu kommt der drohende Vertrauensverlust bei Kunden und Anliegern, der bei öffentlichem Bekanntwerden eines Verstoßes gegen regulatorische Vorgaben droht. Bei der offenen Vorsorgereserve handelt es sich ja gerade um eine bewusst geschaffene Möglichkeit für die Geschäftsleitung, unabhängig vom Kapitalmarkt und unabhängig von den Gesellschaftern aufsichtsrechtliche Eigenmittel in Form des harten Kernkapitals zu bilden und so das Vertrauen der Kunden in die Stabilität des Instituts erhöhen. Hierdurch soll einem massenhaften Abzug der Einlagen („Bank-Run“) sowie einem Misstrauen gegen das gesamte Kreditgewerbe und einer dadurch bedingten Systemkrise (Dominoeffekt) vorgebeugt werden (vgl. Fest, WM 2019, 1093, 1098 mwN; Gaber, WM 2018, 105, 112). Zugleich soll zum Schutz des Vertrauens in die Stabilität der Bankbranche insgesamt beigetragen werden (vgl. auch MünchKommHGB-Böcking/Gros/Torabian aaO, Vorbemerkungen zu §§ 340f, 340g Rn. 5, 23 ff.; Merkt, BKR 2019, 261, 263). Dass eine Dotierung zum Zweck der Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen keinen Verstoß gegen § 340g HGB darstellt, vertritt im Übrigen auch das OLG Schleswig (Urteil vom 03.05.2019, 9 U 83/18, juris Rn. 98), worauf die Beklagte zu Recht hinweist. Einen Bezug zwischen aufsichtsrechtlichen Risiken, einer sehr geringen Eigenkapitalquote und der Dotierung des Sonderpostens hat auch das OVG Berlin-Brandenburg gesehen (Urteil vom 06.03.2014 – OVG 1 B 18.12).

(bb)

147

Zu Recht ist das Landgericht auch davon ausgegangen, dass nicht nur auf Rechtsfolgenseite ein Ermessensspielraum besteht, sondern dem Vorstand – sofern besondere Risiken des Geschäftszweiges der Kreditinstitute vorliegen – bereits auf Tatbestandsebene, d.h. bereits beim Ob der Dotierung, ein weiter vom Gericht nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum besteht (vgl. auch Löw, in Münchner Kommentar Bilanzrecht, 2013, § 340 g HGB, Rn. 6; Morfeld in Beck'scher Online Kommentar HGB, Stand April 2020, § 340g Rn. 4; so wohl auch OLG Schleswig, Urteil vom 03.05.2019 - 9 U 83/18, juris Rn. 114). Dies hat das Landgericht zutreffend daraus abgeleitet, dass der Tatbestand des § 340g Abs. 1 HGB unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, insbesondere soweit an die „vernünftige kaufmännische Beurteilung“ und die „Notwendigkeit“ der Dotierung angeknüpft wird. Hierbei soll es auf eine vernünftige kaufmännische Beurteilung unter Berücksichtigung der konkreten geschäftspolitischen Gegebenheiten ankommen (vgl. Böcking/Gros/Helke in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 3. Auflage, § 340g Rn. 5). Der Begriff der „vernünftigen kaufmännischen Beurteilung“ begrenzt den unternehmerischen Spielraum bei der Bildung von Vorsorgereserven nach §§ 340f, 340g HGB (lediglich) auf das Mindestkriterium der Willkürfreiheit (Gaber, WM 2018, 105, 111 mwN) sowie der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegenüber Anteilseignern (Morfeld aaO, mwN), wozu – wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – die Genussscheininhaber nicht gehören. Die Schuldrechtsbeziehung zwischen Emittenten und Genussscheininhabern begründet eine solche Treuepflicht entgegen der Auffassung der Klägerin jedenfalls nicht. Es existiert auch kein Grundsatz, wonach die Dotierung nicht nur rechtmäßig, sondern auch zweckmäßig zu sein hat und eine solche Zweckmäßigkeit nur dann gegeben ist, wenn die Dotierung die Interessen und Rechte der Genussscheininhaber zu beeinträchtigen geeignet ist. Die maßgebliche vernünftige kaufmännische Beurteilung beschreibt einen Schätzungsmaßstab und damit letztlich einen Beurteilungsspielraum des Bilanzierenden, der in sich schlüssig (kaufmännisch plausibel) sein muss und sich innerhalb der Bandbreite des Vertretbaren befindet (BeckOGK/Gaber, Stand: 01.10.2019 Rn. 7, HGB § 340g Rn. 7). Dass die Entscheidungen des Vorstandes der Beklagten aus der gebotenen ex ante Sicht gemessen an diesen Vorgaben unvertretbar waren, hat die Klägerin auch in der Berufungsinstanz nicht

148

darzulegen vermocht.

(cc)

149

Die im Geschäftsjahr 2013/2014 erfolgten Dotierungen in Höhe von etwa 265 Mio € bis zum 31.12.2013 sowie weiteren rund 138 Mio € zum 31.03.2014 zur Erreichung einer ausreichenden, aufsichtsrechtlich geforderten Eigenkapitalquote zum Bestehen des EZB-Stresstestes sind nicht zu beanstanden. 150

Dass die Dotierung des Sonderfonds für allgemeine Bankrisiken dem Grunde nach notwendig war, um aufsichtsrechtliche Anforderungen zu erfüllen und die Beklagte auf Institutsgruppenebene im Geschäftsjahr 2013/2014 im Rahmen des EZB Stresstestes die gesetzliche CET1-Mindestquote nicht erfüllt hätte, wenn sie nicht den Fonds für allgemeine Bankrisiken dotiert hätte, stellt auch die Klägerin nicht substantiiert in Abrede. Soweit sie geltend macht, die Beklagte sei vor Abschluss des Comprehensive Assessments aus dem Kreis der möglicherweise systemrelevanten Kreditinstitute ausgeschieden, kommt es hierauf für die Beurteilung nicht an. Denn unstreitig ist die Beklagte von der EZB und der BaFin ausdrücklich aufgefordert worden, am Comprehensive Assessment der EZB teilzunehmen, musste sich hierauf einrichten und hat den EZB-Stresstest letztlich nach Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken auch bestanden. 151

Soweit die Klägerin geltend macht, die Zuführungen seien der Höhe nach nicht notwendig gewesen, um das von der Beklagten mit den Zuführungen verfolgte Ziel der Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Eigenmittelvorgaben zu erreichen, weil sich bei einer ex post Betrachtung herausgestellt habe, dass die Eigenkapitalquote der A. AG nach der weiteren Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken 14,3 % statt der geforderten 8 % betragen habe, ist die Beklagte dem entgegengetreten und hat – von der Klägerin unwidersprochen – dargelegt, dass die Klägerin den entsprechenden Geschäftsbericht falsch interpretiere, da die dort genannten CET1-Quoten die im Rahmen des EZB-Stresstests vorgenommenen Risikoabschläge doch gerade nicht berücksichtigt hätten, ebenso wie die jeweiligen Szenarien des Stresstests, weshalb die im Stresstest unstreitig erzielten Quoten denn auch deutlich niedriger ausgefallen seien. Im Übrigen tritt der Senat den Ausführungen des Landgerichts bei, dass die Dotierung aus der maßgeblichen ex ante Betrachtung jedenfalls nicht unvertretbar hoch gewesen ist, selbst wenn sie die aufsichtsrechtlichen Vorgaben nicht „punktgenau“ erfüllt haben sollte. Denn nicht jede Überschreitung der aufsichtsrechtlich geforderten Mindesteigenkapitalquote stellt zugleich eine Ermessensüberschreitung im Hinblick auf die Dotierung des Sonderfonds für allgemeine Bankrisiken dar. 152

Aus der maßgeblichen ex ante Sicht eines ordentlichen Kaufmanns waren bei der gebotenen „vernünftigen kaufmännischen Beurteilung“ die zukünftigen allgemeinen Bankrisiken unter Bewertung der damit verbundenen Unsicherheiten in den Blick zu nehmen, was für die Beurteilung dessen, was „notwendig“ ist, um diesen Risiken zu begegnen, eine Schätzungsbandbreite eröffnete. Gerade in Fällen wie dem vorliegenden, in denen wegen der Ungewissheit über zukünftige Ereignisse, wie den Anforderungen im Rahmen gesetzlicher Vorgaben und dem anstehenden Stresstest, Unsicherheiten bestehen, ist nicht zu beanstanden, wenn bei den anzustellenden Erwägungen schon aus Gründen der Vorsicht eine dann im Ergebnis höhere als die unbedingt erforderliche Dotierung des Sonderpostens zur Absicherung der allgemeinen Bankrisiken vorgenommen wird. So hat das Landgericht zu Recht hervorgehoben, dass es aus Sicht des - vorsichtig kalkulierenden - vernünftigen Kaufmanns jedenfalls notwendig erscheint, aufsichtsrechtliche Tests zu bestehen. 153

154

Hinsichtlich des Umfangs der Dotierung bestehen zudem ein weites Ermessen und keine festen quantitativen Vorgaben (MünchKommHGB-Böcking/Gros/Torabian aaO, § 340g Rn. 2; Merkt, BKR 2019, 261, 268; OLG Schleswig, Urteil vom 03.05.2019 – 9 U 83/18, juris Rn. 114 mwN). Das besondere öffentliche Interesse an der Stabilität der Bankbranche rechtfertigt es aus Sicht des Gesetzgebers, den Sonderposten bis an die Grenze der Willkür in die alleinige Verantwortung des Vorstandes zu geben. Willkür jedoch wird nur dann angenommen werden können, wenn die Dotierung derart eindeutig die Grenzen des notwendigen überschreitet, dass kein vernünftiger Kaufmann die Höhe der Dotierung mehr rechtfertigen könnte (Mülbert/Sajnovits, WM 2017, 1725, 1729). Dass dies vorliegend der Fall war, hat die Klägerin nicht darzulegen vermocht. Für die Beklagte stellte sich die Situation im Geschäftsjahr 2013/2014 so dar, dass sie nach bereits zuvor gestiegenen gesetzlichen Anforderungen an die Risikotragfähigkeit von Banken im Herbst 2013 über ihre Teilnahme am Comprehensive Assessment (EZB-Stresstest) in Kenntnis gesetzt worden war und bestimmte Eigenkapitalquoten zwingend einzuhalten hatte (Baseline Szenario 8 % und Adverse-Szenario 5,5 %). Nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Beklagten hat die EZB die konkrete Methodik sowie die genauen Vorgaben und Parameter für den Stresstest und dessen einzelne Stufen jeweils erst sehr spät bekannt gegeben, so dass die Beklagte letztlich bis zur Veröffentlichung der Ergebnisse im Oktober 2014 im unklaren darüber war, ob sie den EZB-Stresstest erfolgreich bestehen würde.

Vor diesem Hintergrund hat das Landgericht zu Recht darauf abgestellt, dass auch die weitere Dotierung zum 31.03.2014 in Höhe von rund 138 Millionen € nicht zu beanstanden war, weil auch diese Dotierung noch während des laufenden Stresstests erfolgte und sich die Beklagte aufgrund der kurzfristigen Aufnahme in den Stresstest in Verhandlungen befand, um den Stichtag zeitlich nach hinten zu verschieben, woraufhin für die Beurteilung der risikogewichteten Aktiva tatsächlich auf den 31.03.2014 abgestellt wurde, während es bei der Beurteilung der Kapitalquote bei dem ursprünglich vorbestimmten Stichtag, dem 31.12.2013, verblieb. 155

Dass die Dotierungen im Hinblick auf die Teilnahme der Beklagten am EZB-Stresstest zum 31.12.2013 nach der maßgeblichen vernünftigen kaufmännischen Beurteilung der Beklagten dennoch nicht notwendig gewesen sein sollen, hat die Klägerin nicht darzulegen vermocht. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist die Klägerin diejenige, die die Beklagte auf Rückzahlung in Anspruch nimmt und geltend macht, die Beklagte hätte ihre Rückzahlungsansprüche nach einer früheren Verlustteilnahme zu ihren Gunsten wieder auffüllen müssen. Nach allgemeinen Regeln ist sie – und nicht die Beklagte – damit darlegungs- und beweisbelastet für die von ihr behauptete fehlerhafte Bilanzierung der Beklagten, d.h. für die Nichteinhaltung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm. 156

(dd) 157

Das Landgericht hat auch zutreffend angenommen, dass die Dotierungen des Sonderpostens nach § 340g HGB in den Geschäftsjahren 2014/2015 in Höhe von etwa 5 Millionen € und 2015/2016 in Höhe von etwa 7 Millionen € angesichts der sich absehbar weiter verschärfenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung vertretbar und nicht zu beanstanden sind. Die Klägerin ist den ausführlichen Darlegungen der Beklagten, die diese im Rahmen der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast zu den sich aus ex-ante Sicht verschärfenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen an das Eigenkapital getätigt hat, weder erstinstanzlich noch in der Berufungsinstanz inhaltlich entgegnetreten. 158

(ee) 159

Gegen die Notwendigkeit der konkret vorgenommenen Dotierung kann auch nicht mit Erfolg eingewandt werden, es habe gleichermaßen geeignete Alternativen zur Stärkung des Eigenkapitals gegeben, primär hätten die Aktionäre herangezogen werden müssen. Unabhängig davon, dass nicht dargetan ist, auf welcher Grundlage eine solche Heranziehung hätte erfolgen können, unterliegt es grundsätzlich insoweit nicht überprüfbarer unternehmerischer Entscheidungsbefugnis und -freiheit der Beklagten, welche der alternativ überhaupt möglichen Methoden der Eigenkapitalbeschaffung sie ergreift. Die aus den vertraglichen Beziehungen zwischen Gesellschaft und Genussscheininhabern resultierenden Pflichten gehen jedenfalls nicht soweit, dass die Beklagte anstatt der Dotierung des Sonderpostens auf alternative Eigenmittelverstärkungen hätte zurückgreifen müssen. Entgegen der Auffassung der Klägerin würde dies den Vorstand in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit über Gebühr einschränken (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.1992- II ZR 172/91, juris Rn. 49). 160

(ff) 161

Entgegen der Auffassung der Klägerin führt auch eine unterlassene Berücksichtigung der Interessen der Genussscheininhaber nicht zur Annahme einer ermessensfehlerhaften Willkürentscheidung. Alleine der Umstand, dass bei der Ausübung von Bilanzierungswahlrechten oder der Bildung von Rücklagen ihre Interessen - zwangsläufig - tangiert und auch beeinträchtigt werden, macht die Ermessensentscheidung nicht rechtsfehlerhaft. Bei der Ausübung ihrer Gestaltungsbefugnisse ist die Gesellschaft nicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Genussrechtsinhaber verpflichtet (MüKoAktG/Habersack, 4. Aufl. 2016, AktG § 221 Rn. 283). Daher hat das Landgericht zu Recht festgestellt, dass bei der Bemessung dessen, was als zulässige Ausübung von Gestaltungsspielräumen bei der Aufstellung des Jahresabschlusses wie auch bei der Vornahme des Gewinnverwendungsbeschlusses angesehen werden kann, die Interessen der Genussscheininhaber - anders als die der Anteilseigner - keine Berücksichtigung finden. Soweit daher die Voraussetzungen des § 340 g HGB erfüllt und der gebotene weite Ermessensspielraum bis zur Grenze der Rechtsmissbräuchlichkeit eingehalten wurde, sich die Ausnutzung der bilanziellen Gestaltungsspielräume also im Rahmen des rechtlich zulässigen bewegt hat, führt die Beeinträchtigung von Interessen der Genussscheininhaber nicht zur Annahme eines Ermessensfehlgebrauchs. Nichts anderes lässt sich aus einer im Vergleich zu den Aktionären vermeintlichen Schutzbedürftigkeit gerade der Genussscheininhaber herleiten. Denn diese sowie die dem Genussrechtsinhaber gegenüber grundsätzlich bestehende Pflicht, vertragswidrige Beeinträchtigungen des Genusskapitals zu unterlassen mag - wie nachfolgend zu erörtern sein wird - unter bestimmten weiteren Voraussetzungen eine Schadensersatzverpflichtung aus positiver Vertragsverletzung begründen (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.1992 – II ZR 172/91, juris Rn. 48), führt jedoch nicht zu einer Beschränkung des der Gesellschaft eingeräumten Ermessensspielraums bei der Dotierung des Sonderfonds gemäß § 340 g HGB. 162

b.) Kein Schadensersatzanspruch 163

Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass die Beklagte der Klägerin hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...19 keinen Schadensersatz in Höhe des Nennbetrages schuldet, weil die Klägerin die Voraussetzungen, unter denen vorliegend gemäß § 280 Abs. 1 BGB eine Schadensersatzverpflichtung in Betracht kommt, nicht hinreichend darzulegen vermocht hat. So vermag der Senat auch unter Berücksichtigung der von der Klägerin in der Berufungsinstanz wiederholten und vertieften Argumente nicht festzustellen, dass die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB durch den Vorstand der Beklagten 164

rechtsmissbräuchlich war bzw. gezielt den Interessen der Genussscheininhaber zuwiderlief.

aa.) 165

Das Landgericht hat sich bei seiner Beurteilung an die einschlägigen höchstrichterlichen Vorgaben gehalten, nach denen eine Schadensersatzpflicht von Genussrechtsinhabern wegen pflichtwidriger Beeinträchtigung ihrer Interessen nur unter besonderen Voraussetzungen, nämlich nur dann in Betracht kommt, wenn ein Rechtsmissbrauch oder ein gezielt den Interessen der Genussscheininhaber zuwiderlaufendes Verhalten dargelegt und gegebenenfalls auch bewiesen werden kann. 166

So hat der Bundesgerichtshof in der grundlegenden, von beiden Parteien in Bezug genommenen Klöckner-Entscheidung vom 05.10.1992 (Az. II ZR 172/91) zwar von der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung Abstand genommen, dass eine Schadensersatzpflicht der Gesellschaft wegen einer Beeinträchtigung der Genussrechte erst dann in Betracht komme, wenn die Gesellschaft absichtlich zum Nachteil des Genussrechtsinhabers handle, und betont, dass sich die beiderseitigen Verpflichtungen aus einem Genussrechtsvertrag nicht in den Hauptleistungspflichten erschöpfen, sondern dass sich aus ihm auch weitere Schutz- und Verhaltenspflichten ergeben, deren Inhalt in der Wahrung der Rechte des anderen Vertragsteils und der Rücksichtnahme auf seine wohlverstandenen Interessen bestehe (BGH aaO, juris Rn 48). Eine Schadensersatzverpflichtung aus positiver Vertragsverletzung wegen Verletzung der Pflicht, vertragswidrige Beeinträchtigungen des Genusskapitals zu unterlassen, hat der Bundesgerichtshof jedoch nur unter den – weiteren – objektiven Voraussetzungen als gegeben angesehen, dass es sich um eine Geschäftstätigkeit außerhalb des in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstandes handelt, die als kaufmännisch schlechthin unseriös und verantwortungslos zu bewerten ist und zu deren Durchführung ein verantwortungsbewusst denkender und handelnder Kaufmann zu keiner Zeit bereit wäre. Diese Einschränkungen begründet der Bundesgerichtshof damit, dass dem Genussscheininhaber bewusst sein müsse, dass die Gesellschaft für ihre geschäftliche Tätigkeit und den damit verbundenen Einsatz des ihr zur Verfügung gestellten Kapitals eine gewisse unternehmerische Entscheidungsfreiheit benötige, die wirtschaftliche Risiken in sich trage und es unternehmerische Entschlussfreudigkeit und Handlungsfähigkeit erheblich beeinträchtigen würde, müsste die Gesellschaft damit rechnen, für jedes Versehen und jede Fehlentscheidung haftbar gemacht zu werden, und ihm – dem Genussscheininhaber – daher nur für derartige Fälle ein Schadensersatzanspruch gewährt werden könne, in denen sein Kapital durch Entscheidungen gefährdet werde, die schlechthin nicht gerechtfertigt werden könnten. Daran, dass nicht jede eingetretene Benachteiligung der Genussscheininhaber eine zum Schadensersatz verpflichtende objektive Pflichtverletzung der Bank darstellt, sondern eine Schadensersatzpflicht nur in Betracht kommt, wenn die Gesellschaft Tätigkeiten außerhalb ihres Unternehmensgegenstandes ausübt, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann ausführen würde, hat der BGH auch in seiner Entscheidung vom 29.04.2014 (II ZR 395/12, juris Rn.47) festgehalten. Zu Recht hat das Landgericht sich schließlich für die vorliegend zu beurteilende Ausübung von Bilanzierungswahlrechten auf die – auf der Linie der zuvor genannten liegende – BGH-Entscheidung vom 14.06.2016 (II ZR 121/15) gestützt, wonach ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB nur bei rechtsmissbräuchlichem oder gezielt den Interessen der Genussscheininhaber zuwiderlaufenden Verhalten oder dann in Betracht kommt, wenn ein Aktionär die Gewinnfestsetzung oder Gewinnverwendung nach § 254 AktG anfechten könnte (BGH aaO, Rn. 18). 167

bb.) 168

Danach setzt eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten voraus, dass die eingetretene Beeinträchtigung der Interessen der Genussscheininhaber nicht nur zwangsläufige Folge einer rechtlich zulässigen Strategie der Eigenkapitalstärkung ist, sondern die Organe der Beklagten in den betreffenden Geschäftsjahren gezielt den Interessen der Genussscheininhaber zuwider den Sonderposten nach 340g HGB in der jeweiligen Höhe dotiert haben, um die an das Jahresergebnis anknüpfenden Ansprüche der Genussscheininhaber auszuschließen. Überzeugend hat das Landgericht auszuführen vermocht, dass und warum die von der Klägerin vorgebrachten Indizien auch in ihrer Gesamtschau nicht so gewichtig sind, dass mit der nötigen Sicherheit ausgeschlossen werden könnte, dass sich der Vorstand der Beklagten bei seiner Ermessensausübung, wie von der Beklagten geltend gemacht, von dem Ziel einer als notwendig eingeschätzten Stärkung der Eigenkapitalquote hat leiten lassen und nicht vorrangig oder auch nur daneben das Ziel der Benachteiligung der Genussscheininhaber verfolgt hat.

(1) 170

Zu Recht ist das Landgericht der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung auch dahingehend gefolgt, dass die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die eine objektive Pflichtverletzung qualifizierenden Merkmale der Zielgerichtetheit und Rechtsmissbräuchlichkeit trägt (vgl. BGH, Urteil vom 14.06.2016 - II ZR 121/15, juris Rn. 19: „Die Klägerin hat keine Tatsachen vorgetragen...“; vgl. auch Urteil vom 29.04.2014, II ZR 395/12, juris Rn. 47). Die Rechtsauffassung der Klägerin, dass sie keine ausreichenden Anknüpfungspunkte für ein zielgerichtetes missbräuchliches Verhalten der Beklagten zum Nachteil der Genussscheininhaber darlegen müsse, weil es hierauf nicht ankomme, ist daher unzutreffend.

(2) 172

Ein gezieltes oder rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Vorstandes der Beklagten gegen die Genussscheininhaber ist nicht feststellbar, wie bereits das Landgericht unter umfassender Würdigung der zwischen den Parteien letztlich unstreitigen Tatumstände rechtsfehlerfrei festgestellt hat. Weitergehende vom Landgericht nicht oder nicht zutreffend berücksichtigte Umstände, die ein hiervon abweichendes Ergebnis begründen könnten, ist dem Vorbringen der Klägerin nicht zu entnehmen.

(3) 174

Zutreffend hat das Landgericht in der Überschreitung der aufsichtsrechtlich vorgegebenen Eigenkapitalquoten kein ausreichendes Indiz gesehen, um hieraus hinreichende Rückschlüsse auf eine bewusst die Genussscheininhaber benachteiligende Zielrichtung der vorgenommenen Dotierung des Sonderpostens ziehen zu können. Es hat dabei zutreffend darauf abgestellt, dass es sich bei den aufsichtsrechtlich vorgegebenen Kapitalquoten lediglich um Mindestanforderungen handelte, die in den vergangenen Jahren kontinuierlich verschärft worden sind und dass – vom Vorstand aus der gebotenen ex ante Sicht zu berücksichtigende – zahlreiche Unwägbarkeiten nicht nur im Zusammenhang mit dem EZB-Stresstest, sondern auch den steigenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen bestanden. Es kann auch nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der weiteren Dotierung zum 31.03.2014 von rund 138 Mio € bereits davon hätte ausgehen müssen, dass es für die Beurteilung der Kapitalquote im EZB-Stresstest bei dem vorbestimmten Stichtag, dem 31.12.2013, verbleiben würde. Jedenfalls stellte sich die Situation aus damaliger Sicht so dar, dass nicht nur Unsicherheiten in Bezug auf den EZB-Stresstest, sondern auch hinsichtlich der zukünftigen aufsichtsrechtlichen Anforderungen an

die Eigenmittel der Beklagten bestanden, wie das Landgericht zu Recht festgehalten hat.

- (4) 176
- Auch der Umstand, dass die Beklagte in mehreren aufeinanderfolgenden Jahren aufgrund der Dotierung des Sonderfonds und der Ausübung des bilanziellen Wahlrechts zugunsten von Pensionsrückstellungen keine Jahresüberschüsse erzielt hat, belegt vor dem dargestellten Hintergrund nicht, dass die Beklagte rechtsmissbräuchlich oder gezielt den Interessen der Genussscheininhaber zuwider gehandelt hat. Nichts anderes ergibt sich, wenn man berücksichtigt, dass der Vorstand der Beklagten bereits lange vor dem Geschäftsjahr 2013/2014 das Ziel verfolgt haben mag, die Passivseite der Bilanz der Klägerin zu vereinfachen, um die Veräußerbarkeit der Beklagten zu fördern. Zutreffend hat das Landgericht darauf verwiesen, dass der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 14.06.2016 (II ZR 121/15, juris Rn. 19) für Rückstellungen darauf hingewiesen hat, dass allein die Bildung von Rückstellungen keinen Anhaltspunkt für ein treuwidriges Verhalten bietet. Gegen eine solche Zielrichtung spricht vorliegend zudem, dass die Beklagte noch im Geschäftsjahr 2012/2013 den Sonderposten nach § 340g HGB in Höhe von 19 Mio € aufgelöst und dadurch eine noch größere Verlustbeteiligung der Genussscheininhaber vermieden hat. Im Geschäftsjahr 2013/2014 hat die Beklagte zudem unstreitig keine operativen Gewinne für die Einstellung in den Sonderposten genutzt, sondern für die – aus Sicht des Vorstandes notwendige – Dotierung des Sonderpostens stille Reserven gehoben. Jahresüberschüsse, die hätten ausgezahlt oder ausgeschüttet werden können, hat es in diesem Jahr also nicht gegeben. Der Vorwurf, im Verhältnis zu den Genussscheininhabern sei die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken im Geschäftsjahr 2013/2014 keine legitime Eigenkapitalbildung, „sondern der bisher erfolgreiche Versuch einer rechtswidrigen Enteignung“ gewesen, geht daher fehl.
- (5) 178
- Gegen eine gezielte Benachteiligung gerade der Interessen der Genussscheininhaber spricht ferner, dass der Vorstand der Beklagten unstreitig davon ausgegangen ist, die Bedienung des Besserungsscheins gehe jeglichen Ansprüchen der Genussscheininhaber vor. Bei dieser Sichtweise wäre jegliches – von den Klägerinnen behauptete – zielgerichtete Verhalten zur Verhinderung eines Jahresüberschusses primär zulasten des Inhabers des Besserungsscheins gegangen. Auf die Beantwortung der Frage, ob vertragliche Vereinbarungen zwischen der Beklagten und der KfW einen solchen Vorrang tatsächlich hätten begründen können, die Bedienung des Besserungsscheins also tatsächlich vorrangig hätte erfolgen müssen, kommt es an dieser Stelle hingegen nicht an.
- (6) 180
- Der Rückkauf der Besserungsscheine in den Geschäftsjahren 2017/2018 ist ebenfalls kein ausreichend überzeugendes Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten gegenüber den Genussscheininhabern. Dem steht bereits entgegen, dass der Rückkauf erst erfolgte, als die streitgegenständlichen Genussscheine längst ausgelaufen waren, der Rückkauf also in keiner Weise Einfluss auf einen für Ansprüche der Klägerin maßgeblichen Jahresüberschuss hätte haben können. Dass die Beklagte hiermit einen bereits Jahre zuvor gefassten Plan verfolgt hätte, ist ebenfalls weder dargetan, noch ersichtlich. Dem steht bereits entgegen, dass es hierzu – dem Rückkauf der Besserungsscheine – einer entsprechenden Liquidität bedurfte, die die Beklagte unstreitig erst durch den Verkauf ihrer Tochtergesellschaft in 2017/2018 erhielt. Den weiteren substantiierten Ausführungen der Beklagten zum Hintergrund des Rückkaufs ist die Klägerin im Übrigen auch nicht
- 177
- 179
- 181

entgegengetreten.

c.)	Kein Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage	182
	Zu Recht ist das Landgericht des Weiteren davon ausgegangen, dass eine Anpassung der Genussscheinbedingungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht in Betracht kommt, weil die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB nicht vorliegen, insbesondere eine gemeinsame Geschäftsgrundlage und das Erfordernis einer Anpassung an veränderte Verhältnisse nicht feststellbar ist. Die Überlegungen der Klägerin in der Berufungsbegründung, das Landgericht habe nicht geprüft, ob der Umstand, dass die Beklagte durch ihren Hauptaktionär „faktisch konzerniert worden“ sei und wesentliche unternehmerische Entscheidungen der Verwaltung der Beklagten vorgegeben worden seien, einen Wegfall der Geschäftsgrundlage begründen könne, kranken bereits daran, dass Tatsachen, die den Vorwurf einer faktische Konzernierung des Vorstandes der Beklagten und der Vorgabe wesentlicher Entscheidungen rechtfertigen könnten, nicht dargetan sind.	183
d.)	Kein Anspruch auf Ausschüttungen gem. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 GB 119	184
	Der Klägerin stehen gegen die Beklagte weder gem. § 2 Abs. 1 GB 119 Ansprüche auf laufende Ausschüttungen noch hinsichtlich der Geschäftsjahre ab 2013/2014 gem. § 2 Abs. 2 GB 119 auf Kuponnachzahlungen aus den Genussscheinen mit der WKN ...19 zu, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat.	185
aa.)		186
	Gem. § 2 Abs. 1 S. 2 GB sind die den Genussscheininhabern zugesagten jährlichen Ausschüttungen auf die Genussscheine dadurch begrenzt, dass durch sie kein Bilanzverlust entstehen darf. Zu Recht weist das Landgericht darauf hin, dass in den streitgegenständlichen Geschäftsjahren ein Bilanzverlust entstanden wäre, wenn die geltend gemachten Ausschüttungen erfolgt wären, weil der auch in § 2 der GB verwendete Begriff „Bilanzverlust“ entsprechend der Regelung zur Verlustteilnahme in § 4 Abs. 1 GB 119 im handelsbilanziellen Sinne - allerdings vor Bedienung der Ausschüttungen an die Genussscheininhaber - zu verstehen ist und der Bilanzverlust auch jeweils „durch die Ausschüttung“ entstehen würde.	187
bb.)		188
	Zwar könnte die Formulierung, „durch“ sie – gemeint ist die Ausschüttung – dürfe kein Bilanzverlust „entstehen“, bei (allein) wortwörtlichem Verständnis dahingehend aufgefasst werden, dass der Bilanzverlust nicht durch die Ausschüttung „entsteht“, wenn ein solcher auch ohne sie – wegen der Verlustvorträge – auszuweisen wäre, ein bereits bestehender Bilanzverlust also lediglich erhöht würde (so wohl zu einer gleichlautenden Klausel: OLG München, Urteil vom 11. Juni 2015, 23 U 3466/14, juris Rn. 90 f., wobei die Klage nach Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofes vor dem BGH [II ZR 164/15] zurückgenommen wurde). Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht ein dahingehendes, nur am Wortlaut haftendes Verständnis der Formulierung nach Ausschöpfung der weiteren Auslegungsmethoden indes ausgeschlossen und dabei zu Recht im Rahmen der gebotenen systematischen Auslegung der Klausel berücksichtigt, dass die Parteien in den vorliegend zu beurteilenden Genussscheinbedingungen ausdrücklich vertraglich vereinbart haben, dass die Genussscheine als haftungsrechtliches Kapital im Sinne des § 10 Abs. 5 KWG a.F. dienen sollen, wie dies bereits in § 1 Abs. 1 der Präambel der Bedingungen festgelegt ist. Für den verständigen durchschnittlichen Anleger war damit	189

erkennbar, dass die hierfür notwendigen Voraussetzungen in den Genussscheinbedingungen geschaffen und deren Einhaltung durch § 9 der Genussscheinbedingungen abgesichert werden sollten.

Das Landgericht hat zutreffend gewürdigt, dass Genussrechtskapital aber nur dann gem. § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KWG a.F. dem haftenden Eigenkapital zugerechnet wird, wenn es bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt, das Institut also berechtigt sein muss, im Falle eines Verlustes Zinszahlungen aufzuschieben und die Parteien daher genau das gewollt haben. Auch wenn – wie bereits ausgeführt – das KWG nicht definiert, was mit Verlust gemeint ist, ist entscheidend, dass das Genussrechtskapital nicht bedient werden darf, wenn andernfalls ein Verlust bei dem Kreditinstitut entstünde. Dann aber dürfen folgerichtig auch keine Ausschüttungen geleistet werden, wenn sich hierdurch ein bereits bestehender Bilanzverlust erhöhen würde. Da die Genussscheininhaber am Verlust teilzunehmen haben, folgt auch hieraus zwangsläufig, dass im Falle eines Verlustes Zinszahlungen (Ausschüttungen) aufzuschieben sind. Da der Ausschluss der Ausschüttungen in den vorliegend zur Beurteilung stehenden Genussscheinbedingungen zulässigerweise an einen Bilanzverlust geknüpft ist, sind mithin im Falle des so bestimmten Verlustes die Zinszahlungen aufzuschieben.

cc.) 191

Dabei ist es nicht entscheidend, wodurch der Verlust eingetreten ist oder ob er nicht eingetreten wäre, wenn die Beklagte nicht in den streitgegenständlichen Jahren Gewinne aufwandswirksam in den Fonds für allgemeine Bankrisiken eingestellt hätte. Die Überlegung der Klägerin in der Berufungsbegründung, dass durch die Kuponzahlungen kein Bilanzverlust entstehen würde, wenn man die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken wegdenken würde, führt daher nicht weiter. 192

Bereits das Landgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es gemäß § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KWG a.F. nur darauf ankommt, dass ein Fall des Verlustes eingetreten ist, nicht aber wodurch. Auch § 2 Abs. 1 GB stellt nicht darauf ab, wie das Jahresergebnis entstanden ist und fragt auch nicht, warum ein Jahresergebnis zu schlecht ist, sondern regelt, dass Ausschüttungen nur dann vorgenommen werden können, wenn ausreichende Vermögensmittel zur Ausschüttung gegeben sind, durch die Ausschüttungen („durch sie“) also kein Bilanzverlust entsteht. Für die zu beantwortende Frage, ob Zinsansprüche (Ausschüttungen) gem. § 2 Abs. 1 GB bestehen, kommt es auch nicht darauf an, wie solche Zinsaufwendungen im Falle ihres Bestehens nach den Vorgaben der RechKredV zu verbuchen wären. Ebenso wenig entscheidend ist, ob und wo die Dotierungen zum Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB gesondert auszuweisen sind und ob es hierzu in der RechKredV Regelungen gibt. Wie bereits ausgeführt, ist der Fonds für allgemeine Bankrisiken Teil der Ergebnisermittlung und fließt daher in das Jahresergebnis ein. Erst nach Feststellung des Jahresergebnisses steht sodann zur Prüfung, ob durch Ausschüttungen an Genussscheininhaber gemäß § 2 Abs. 1 GB ein Bilanzverlust entstehen würde. Dem steht - auch im Rahmen der Auslegung der Regelungen zur Ausschüttungsbegrenzung gem. § 2 Abs. 1 S. 2 GB 119 - nicht entgegen, dass ohne die Dotierung des Sonderfonds (technisch verstandene) Gewinne zu verteilen gewesen wären oder das Jahresergebnis positiv gewesen wäre. Die Klausel stellt ausdrücklich auf den Bilanzverlust (und damit ein entsprechendes Verständnis) ab, den es durch Ausschüttungen zu vermeiden gilt. Anhaltspunkte für das „Herausrechnen“ einzelner Positionen gibt der Wortlaut der Klausel nicht her. Tatsächlich - und hierauf kommt es an - hat die Beklagte in den vorliegend streitgegenständlichen Jahren unstreitig zu keinem Zeitpunkt einen Jahresüberschuss ausgewiesen. 193

dd.)	194
Entgegen der Auffassung der Klägerin kann ein hiervon abweichendes Ergebnis auch nicht auf eine ergänzende Vertragsauslegung gestützt werden. Denn dies würde nicht nur eine Regelungslücke, d.h. eine planwidrige Unvollständigkeit der Genussscheinbedingungen voraussetzen, die nicht erkennbar ist, sondern auch einen hypothetischen Parteiwillen der Beklagten zum maßgeblichen Zeitpunkt der Emission der Genussscheine, ihre unternehmerische Freiheit bezüglich ihr zustehender Bilanzierungswahlrechte zugunsten der Genussscheininhaber einzuengen und von einer für erforderlich erachteten Dotierung des Sonderfonds zur Risikovorsorge abzusehen, wenn dies zulasten von Ansprüchen der Genussscheininhaber gehen könnte. Hiervon kann jedoch nicht ausgegangen werden.	195
Nichts hiervon Abweichendes lässt sich der von der Klägerin für ihre Auffassung herangezogenen Klöckner-Entscheidung des BGH vom 05.10.1992 (II ZR 172/91) entnehmen. Die Entscheidung beschäftigt sich mit der Frage, wie mit den aus der Auflösung von Rückstellungen freigewordenen Beträgen zu verfahren ist, die darauf beruht, dass Verluste nicht in der angenommenen Höhe eingetreten sind (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305-334, Rn. 38). Einen allgemeinen Rechtssatz dahingehend, dass Genussscheinbedingungen stets so auszulegen seien, dass eine nachträgliche Korrektur zugunsten der Genussscheininhaber stattzufinden habe, sollte sich aus einer ex post-Betrachtung ergeben, dass die Dotierung des Sonderpostens der Höhe nach nicht erforderlich war, lässt sich dieser Entscheidung nicht entnehmen.	196
2. Keine Ansprüche der Klägerin hinsichtlich der Genussscheine mit den WKN ...48, ...79 und ...80 (Klageanträge zu 3 bis 5)	197
Zu Recht hat das Landgericht unter weitgehender Verweisung auf die Ausführungen zu den Genussscheinen mit der WKN ...19 einen Anspruch der Klägerin auf die geltend gemachten Rückzahlungsansprüche gegen die Beklagte in Bezug auf die sog. „Altemissionen“ verneint. Zwar knüpfen die Genussscheinbedingungen dieser Emissionen in § 4 Abs. 1 nicht an den Bilanzverlust, sondern an den Jahresfehlbetrag an. Dass die Beklagte dies bei ihren Berechnungen nicht berücksichtigt hätte, hat die Klägerin aber nicht geltend gemacht. Soweit sie in der Berufungsinstanz erstmalig geltend macht, die Beklagte befinde sich in Verzug mit einer (korrekten) Berechnung der Verlustteilnahme, es kämen auch noch weitere Ansprüche in Betracht, sollten die Forderungsverzichte ihrer Hauptaktionäre fehlerhaft verbucht worden sein, fehlt es bereits an jeglichem konkreten Tatsachenvortrag, welche Fehler die jährlich in den ad-hoc Mitteilungen veröffentlichte Verlustteilnahme jeweils aufweisen soll, bzw. weshalb sie – die Klägerin – nicht in der Lage ist, die sich aus den Genussscheinbedingungen abgeleitete Berechnungsformel mit den sich aus den Jahresabschlüssen ergebenden Zahlen zu füllen.	198
Im Übrigen hat das Landgericht zu Recht auf das zu den Genussscheinbedingungen ...19 erlangte Auslegungsergebnis verwiesen. Insbesondere ist auch die Berechnung der Verlustteilnahme nach § 4 Abs. 1 der Genussscheinbedingungen ...79 nicht zu beanstanden, weil der im Nenner der Berechnungsformel aufgeführte Rechenposten „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ allein das im handelsrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesene Eigenkapital zuzüglich des Genussscheinkapitals und nicht etwa auch den Sonderposten nach § 340 g HGB umfasst.	199
3. Keine Ansprüche der Klägerin hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...56 (2017er-Genussscheine, Klageanträge zu 2 und 7)	200

Der Klägerin stehen gegen die Beklagte auch keine Ansprüche hinsichtlich der von ihr gehaltenen Genussscheine mit der WKN ...56 (2017er Genussscheine) zu. Insoweit kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden. Die Genussscheinbedingungen unterscheiden sich auch nur insoweit von den bereits behandelten Genussscheinbedingungen, als dass bei der Berechnung der Verlustteilnahme die Verlustvorträge aus dem Vorjahr ausdrücklich keine Berücksichtigung finden und in § 2 Abs. 2 S. 1 GB ...56 ausdrücklich klargestellt wird, dass Ausschüttungen auch dann ausgeschlossen sind, wenn durch sie ein bestehender Bilanzverlust erhöht wird. Hiergegen wendet sich die Klägerin nicht, sondern verweist auf ihre Ausführungen zu den Genussscheinen mit der WKN ...19. Dass sich das Landgericht - offensichtlich irrtümlich - ergänzend auf Ausführungen zu den Genussscheinen mit der WKB ...42 bezogen hat, obwohl diese nicht streitgegenständlich waren, ändert hieran nichts.

B. Feststellungsanträge (Klageanträge zu 8 – 12)

1.

Soweit die Klägerin mit ihren Klageanträgen zu 8 bis 11 die Feststellung der Nichtigkeit der Jahresabschlüsse der Geschäftsjahre 2013/2014 bis 2016/2017 begehrt, handelt es sich - im Hinblick darauf, dass der Klägerin als Genussscheininhaberin die für eine Nichtigkeitsklage gem. §§ 256, 249 AktG erforderliche Anfechtungsbefugnis fehlt - um eine allgemeine Feststellungsklage. Dieser fehlt es bereits an einem für eine solche Klage erforderlichen Feststellungsinteresse gem. § 256 ZPO. Ein besonderes rechtliches Interesse an einer (nur zwischen den Parteien wirkenden) Feststellung der Nichtigkeit der Jahresabschlüsse, welches zudem über das mit den Klageanträgen zu 1 bis 7 geltend gemachte Leistungsinteresse hinausgeht, hat die Klägerin nicht dargelegt.

Zudem besteht nach den vorstehenden Ausführungen aber auch kein Anspruch auf die begehrte Feststellung, da die von der Klägerin geltend gemachten Mängel nicht festgestellt werden können und eine Vertragswidrigkeit oder Nichtigkeit der Jahresabschlüsse folglich nicht dargetan ist.

2.

Auch der Antrag zu 12, mit dem die Klägerin begehrt festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin weitere mögliche Schäden zu ersetzen, die durch die von der Beklagten veröffentlichte fehlerhafte Verlustberechnung für die konkret bezeichneten Genussscheine und die daraus folgenden vertragswidrigen Kürzungen der Rückzahlungsbeträge entstanden sind oder noch entstehen, ist mangels dargelegten oder erkennbaren schutzwürdigen Feststellungsinteresses gem. § 256 ZPO bereits unzulässig. Die Klägerin hat bereits nicht dargetan, welche „weiteren“ möglichen Schäden ihr derzeit oder künftig aus dem monierten Verhalten der Beklagten hinsichtlich der spätestens im Jahr 2012 abgelaufenen Genussscheine drohen. Hierzu fehlt es vielmehr an jeglichem Vortrag der Klägerin, obwohl die Beklagte bereits mit der Klageerwiderung ausdrücklich auf den unzureichenden Sachvortrag der Klägerin hingewiesen hat.

Zudem besteht mangels ausreichender Darlegung einer Pflichtverletzung aus den oben dargelegten Gründen auch bereits dem Grunde nach kein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte.

C. Nebenentscheidungen

210

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Es besteht keine Veranlassung für die Zulassung der Revision, § 543 Abs. 2 ZPO. Der Rechtsstreit hat in seinem Kern die tatrichterliche Auslegung individueller Genussscheinbedingungen zum Gegenstand, aber keine bislang ungeklärten Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Eine Divergenz zu Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte oder höchstrichterlicher Entscheidungen liegt ebenfalls nicht vor. 211

Streitwert: **21.058.279,29 €** 212

Am 07.01.2021 erging nachfolgender Berichtigungsbeschluss: 213

I. 214

Das am 24. September 2020 verkündete Urteil wird wegen offenkundiger Schreib- bzw. Rechenfehler gem. § 319 ZPO wie folgt berichtigt: 215

1. 216

Auf Seite 6 des Urteils ist in dem Satz beginnend mit Zeile 8: 217

„Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut des § 4 Abs.1 **GB ...19....**“ 218

die Wertpapierkennnummer zu berichtigen, so dass der Satzteil wie folgt lautet: 219

„Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut des § 4 Abs.1 **GB ...19....**“. 220

2. 221

Auf Seite 42 des Urteils ist der Satz beginnend unter (e): 222

„Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Beklagte den Bilanzverlust für die Geschäftsjahre 2007/2008 und **2008/2009** erheblich zu hoch ausgewiesen.....“ 223

hinsichtlich der von Seiten 17 und 20 offensichtlich fälschlich übernommenen Daten dahingehend zu berichtigen, dass er wie folgt lautet: 224

„Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Beklagte den Bilanzverlust für die Geschäftsjahre 2007/2008 und **2009/2010** erheblich zu hoch ausgewiesen.....“ 225

3. 226

Auf Seite 42 des Urteils ist der nachfolgende Satz unter (e): 227

„Soweit die Klägerin unter Bezugnahme auf die Angaben der Beklagten zum Vorrang der Besserungsscheine gegenüber den Genussscheinen geltend macht, es dränge sich der Verdacht auf, dass die Verlustteilnahmeberechnung der Genussscheininhaber auch deshalb fehlerhaft sei, weil die ergebnisneutrale Verbuchung der von der KfW gewährten Darlehen bzw. der mit dem Verzicht auf die Rückzahlung der Darlehen verbundenen Zuzahlungen in die Kapitalrücklage (mit Besserungsabrede) unzulässig sei, ist schon nicht hinreichend dargetan, dass die – in den Jahren 2007/2008 und **2008/2009** erfolgte, geprüfte und in der Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt beanstandete – Verbuchung in den Jahresabschlüssen tatsächlich unzutreffend erfolgt ist und warum die Erlöse stattdessen ergebniswirksam hätten 228

vereinnahmt werden müssen, zumal die Klägerin selber einräumt, den Inhalt der Besserungsabreden nicht zu kennen.”

hinsichtlich der von Seiten 17 und 20 offensichtlich fälschlich übernommenen Daten 229
dahingehend zu berichtigen, dass er wie folgt lautet:

„Soweit die Klägerin unter Bezugnahme auf die Angaben der Beklagten zum Vorrang der 230
Besserungsscheine gegenüber den Genussscheinen geltend macht, es dränge sich der
Verdacht auf, dass die Verlustteilnahmeberechnung der Genussscheininhaber auch deshalb
fehlerhaft sei, weil die ergebnisneutrale Verbuchung der von der KfW gewährten Darlehen
bzw. der mit dem Verzicht auf die Rückzahlung der Darlehen verbundenen Zuzahlungen in
die Kapitalrücklage (mit Besserungsabrede) unzulässig sei, ist schon nicht hinreichend
dargetan, dass die – in den Jahren 2007/2008 und **2009/2010** erfolgte, geprüfte und in der
Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt beanstandete – Verbuchung in den Jahresabschlüssen
tatsächlich unzutreffend erfolgt ist und warum die Erlöse stattdessen ergebniswirksam hätten
vereinnahmt werden müssen, zumal die Klägerin selber einräumt, den Inhalt der
Besserungsabreden nicht zu kennen.”

II. 231

Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 09. Oktober 2020 unter Ziffer 1. eine weitergehende 232
Berichtigung des Tatbestandes gem. §§ 319, 320 ZPO wegen offensichtlicher Unrichtigkeiten
beantragt hat, kommt eine solche nicht in Betracht. Bei der Darstellung auf Seite 5 des Urteils
beginnend in Zeile 23 „*Damit sei der im Text auf Seite 6 verwendete Begriff*
(„Jahresüberschuss“) für den durchschnittlichen, verständigen Anleger klar als Prospektfehler
erkennbar“, handelt es sich um eine zutreffende wörtliche Wiedergabe der Ausführungen in
der landgerichtlichen Entscheidung auf Seite 12 unter (cc) am Ende, deren Berichtigung
erstinstanzlich auch nicht beantragt wurde. Dass im Prospekt tatsächlich unstreitig auf den
Jahresfehlbetrag abgestellt wird (und sowohl das Landgericht als auch der Senat dies auch
erkannt haben), ergibt sich aus den unmittelbar vorangegangenen Ausführungen des
Landgerichts auf Seite 12 unter (cc), die der Senat in seine Entscheidung auf Seite 5
ebenfalls wörtlich übernommen hat.