
Datum: 24.09.2020
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 23/19
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2020:0924.6U23.19.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 10 O 159/17

Tenor:

I.

Die Berufung der Klägerinnen gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 21.12.2018 wird hinsichtlich der mit den Klageanträgen zu 15. bis 18. verfolgten Ansprüche als unzulässig verworfen. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

II.

Die jeweils in zweiter Instanz angefallenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten der Beklagten tragen die Klägerin zu 1. zu 78 % und die Klägerin zu 2. zu 22 %. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Klägerinnen 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 jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

I.

2

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 den Klägerinnen geltend gemachten Feststellungs- und Auskunftsansprüche.	3
Streitgegenständlich sind die Genussscheine mit den WKN ...79 (ISIN: DE000...793) und ...80 (ISIN: DE000...801), die die Parteien auch als „Alt-emissionen“ bezeichnen, die Genussscheine mit der WKN ...19 (ISIN: DE000...197), die die Parteien auch als „2015er Genussscheine“ bezeichnen sowie die Genussscheine mit den WKN ...42 (ISIN: DE000...429) und ...56 (ISIN: DE000...569), die die Parteien auch als „2017er Genussscheine“ bezeichnen.	4
Die Genussscheine wurden jeweils in Stückelungen zu je 100,00 € (WKN ...79, ...80, ...19), 1.000,00 € (WKN ...42) bzw. 50.000,00 € (WKN ...56) ausgegeben. Die Genussscheine mit der WKN ...79 wurden 2001 ausgegeben, ihre Laufzeit endete mit dem Geschäftsjahr 2011/2012. Die Genussscheine mit der WKN ...80 wurden 2002 ausgegeben, ihre Laufzeit endete ebenfalls mit dem Geschäftsjahr 2011/2012. Die Genussscheine mit der WKN ...19 wurden 2004 ausgegeben, ihre Laufzeit endete mit dem Geschäftsjahr 2014/2015. Die Genussscheine mit der WKN ...42 wurden 2006, die Genussscheine mit der WKN ...56 wurden 2007 ausgegeben; ihre Laufzeiten endeten jeweils mit dem Geschäftsjahr 2016/2017.	5
Die Genussscheinbedingungen, die den von den Klägerinnen gehaltenen Genussscheinen zugrunde lagen, sehen in §§ 2, 3 und 4 jeweils Regelungen zur Kuponzahlung, zum Auslaufzins, zur Verlustteilnahme und zur Wiederauffüllung des Genussscheinkapitals vor. Die insoweit relevanten – weitgehend übereinstimmenden – Regelungen lauten wie folgt (Abweichungen werden in Klammern wiedergegeben):	6
§ 2	7
(1) Die Genussscheininhaber erhalten eine dem Gewinnanteil der Aktionäre der IKB vorgehende jährliche Ausschüttung in Höhe von ... des Nennbetrages der Genussscheine.	8
(2) Die Ausschüttung auf die Genussscheine ist dadurch begrenzt, dass durch sie kein Bilanzverlust [<i>in WKN ...19, ...42, ...56; bzw. „Jahresfehlbetrag“ in WKN ...79, ...80</i>] entstehen darf. (<i>In § 2 Abs. 2 GB WKN ...56 heißt es abweichend, dass „die Ausschüttung auf die Genussscheine ... dadurch begrenzt [ist], dass durch sie kein Bilanzverlust entstehen darf oder ein bestehender Bilanzverlust erhöht wird.“</i>) Kann aufgrund dieser Begrenzung die zugesagte Ausschüttung ganz oder teilweise nicht erfüllt werden, so ist der fehlende Betrag in den folgenden Geschäftsjahren nachzuzahlen, wobei zunächst die Rückstände, sodann die letztfälligen Ausschüttungsansprüche zu befriedigen sind. Diese Nachzahlungspflicht besteht nur während der Laufzeit der Genussscheine.	9
§ 3	10
(1) Die Laufzeit der Genussscheine ist auf das Ende des Geschäftsjahres ... befristet. Vorbehaltlich der Bestimmungen gem. § 4 der Genussscheinbedingungen werden die Genussscheine zum Nennbetrag zurückgezahlt. ...	11
§ 4	12
(1) Die Genussscheininhaber nehmen an einem etwaigen Verlust (Bilanzverlust) [<i>in WKN ...19, ...42, ...56; bzw. „Jahresfehlbetrag“ in WKN ...79, ...80</i>] in voller Höhe durch	13

Verminderung ihrer Rückzahlungsansprüche, und zwar im Verhältnis der Rückzahlungsansprüche zu dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten), teil. *(Zusätzlich enthalten § 4 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GB ...42 und GB ...56 in Satz 2 eine Regelung für den Fall einer Kapitalherabsetzung und bestimmen dann in Satz 3: „Verlustvorträge aus den Vorjahren bleiben hierbei außer Betracht“.)*

(2) Werden nach einer Teilnahme der Genussscheininhaber am Verlust in den folgenden Geschäftsjahren Jahresüberschüsse erzielt, so sind aus diesen – nach der gesetzlich vorgeschriebenen Wiederauffüllung der gesetzlichen Rücklage – die Rückzahlungsansprüche bis zum Nennbetrag der Genussscheine zu erhöhen, bevor eine anderweitige Verwendung der Jahresüberschüsse vorgenommen wird. Diese Verpflichtung besteht nur während der Laufzeit der Genussscheine. 14

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Genussscheinbedingungen 2001 (WKN ...79, Anlage K 20), die Genussscheinbedingungen 2002 (WKN ...80, Anlage K 19), die Genussscheinbedingungen 2004 (WKN ...19, Anlage K 15), die Genussscheinbedingungen 2006 (WKN ...42, Anlage K 16) sowie die Genussscheinbedingungen 2007 (WKN ...56, Anlage K 17) verwiesen. 15

Die Klägerin zu 1. hielt Genussscheine der Beklagten mit der WKN ...19 im Nominalvolumen von 12.345.000,00 €, Genussscheine mit der WKN ...79 im Nominalvolumen von 16.200.000,00 € sowie Genussscheine mit der WKN ...80 im Nominalvolumen von 5.364.000,00 €. Die Klägerin zu 2. hielt Genussscheine mit den WKN ...42 und ...56 jeweils im Nominalvolumen von 100.000 €. 16

Infolge der im Jahr 2008 einsetzenden Finanzkrise beteiligte die Beklagte die Genussscheininhaber – so auch die Klägerinnen – ab dem Geschäftsjahr 2007/2008 an Verlusten. 17

In den Jahresabschlüssen der Geschäftsjahre 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 wies die Beklagte jeweils einen Jahresüberschuss von 0 € aus, nachdem sie dem Sonderposten für allgemeine Bankrisiken nach § 340g HGB Beträge in Höhe von etwa 402 Mio. € (2013/2014), 5 Mio. € (2014/2015) bzw. 7 Mio. € (2015/2016) zugeführt hatte. Auch im Geschäftsjahr 2016/2017 schloss die Beklagte mit einem Jahresüberschuss von 0 €, nachdem sie eine außerordentliche Zuführung zu den Pensionsrückstellungen in Höhe eines sonst entstehenden Jahresüberschusses in Höhe von 23 Mio. € vorgenommen hatte. Ab dem Geschäftsjahr 2013/2014 füllte sie weder die Rückzahlungsansprüche der Genussscheininhaber auf noch erbrachte sie Zinszahlungen an die Genussscheininhaber. 18

Bei Fälligkeit der Genussscheine mit den WKN ...79 und ...80 im Jahr 2012 leistete die Beklagte rund 22,771% des Nennbetrages; auf die Genussscheine mit der WKN ...19 leistete die Beklagte bei Fälligkeit keine Rückzahlung, sondern buchte die Genussscheine als wertlos aus. Bei der Berechnung der Rückzahlungsansprüche der Genussscheine mit der WKN ...19 berücksichtigte die Beklagte jeweils den Verlustvortrag des Vorjahres im Zähler. Bei Fälligkeit der Genussscheine mit den WKN ...42 und ...56 im Jahr 2017 zahlte die Beklagte 26,840554 % des Nennbetrags zurück. 19

Die Klägerin zu 2. hat behauptet, sie halte aus abgetretenem Recht Genussscheine mit der WKN ...19 im Nominalvolumen von 3.356.000,00 €. 20

Die Klägerinnen haben die Ansicht vertreten, ihnen stehe nach § 3 Abs. 1 der jeweiligen Bedingungen jeweils ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 100 % des Nennbetrags, jedenfalls aber ein höherer Rückzahlungsanspruch zu, als ihnen von der Beklagten bei Fälligkeit zugestanden worden sei. Zum einen seien bei der Berechnung der Verlustbeteiligung nach § 4 Abs. 1 GB ...19 Verlustvorträge aus dem Vorjahr <u>nicht</u> zu berücksichtigen. Zum anderen sei bei der Berechnung der Verlustteilnahme nach § 4 Abs. 1 der jeweiligen Bedingungen – entgegen der Praxis der Beklagten – im Rechenposten „in der Bilanz ausgewiesene[s] Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne nachrangige Verbindlichkeiten)“ auch der Sonderposten für allgemeine Bankrisiken (§ 340g HGB) zu berücksichtigen, weil die Genussscheinbedingungen insoweit auf das aufsichtsrechtliche Eigenkapital nach § 10 Abs. 2 S. 2 KWG (in dem zum Zeitpunkt der jeweiligen Emissionen geltenden Fassung, im Folgenden: a. F.), jedenfalls aber auf sämtliche in der Handelsbilanz ausgewiesenen Posten mit Eigenkapitalcharakter Bezug nähmen. Die Klägerin zu 2. hat die Auffassung vertreten, dass bei den Genussscheinen mit den WKN ...42 und ...56 Verlustvorträge aus dem Vorjahr auch bei dem Rechenposten „in der Bilanz ausgewiesene[s] Eigenkapital“ herauszurechnen seien.	
Etwaig durch Verlustteilnahmen herabgeminderte Rückzahlungsansprüche seien nach § 4 Abs. 2 der jeweiligen Bedingungen wieder aufzufüllen. Zum einen habe der Wiederauffüllungsanspruch Vorrang vor der Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB. Zum anderen hätten die gesetzlichen Voraussetzungen für die erfolgten Dotierungen nicht vorgelegen, vielmehr seien diese rechtsmissbräuchlich – nämlich mit dem Ziel, die Genussrechte „auszuhungern“ – erfolgt (dies betreffe die Genussscheine mit den WKN ...19, ...42 und ...56).	22
Die Klägerinnen haben darüber hinaus ab dem Geschäftsjahr 2013/2014 Ausschüttungen bzw. Nachzahlungen von Ausschüttungen gemäß § 2 Abs. 1 und Abs. 2 der jeweiligen Bedingungen beansprucht. Diese seien nicht nach § 2 Abs. 2 der jeweiligen Bedingungen ausgeschlossen, da zum einen Verlustvorträge aus dem Vorjahr nicht zu berücksichtigen seien und zum anderen der Ausschüttungsanspruch Vorrang vor der – ohnehin fehlerhaft bzw. rechtsmissbräuchlich erfolgten – Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB genieße (dies betreffe Genussscheine mit den WKN ...19, ...42 und ...56).	23
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen, § 540 Abs.1 S.1 Nr. 1 ZPO.	24
Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Es hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass den Klägerinnen gegen die Beklagte weder die von ihnen geltend gemachten Ansprüche auf Rückzahlung des Nennbetrags der Genussscheine gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 der jeweiligen Genussscheinbedingungen zustünden, noch ein Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs bzw. der gezielten Benachteiligung der Genussscheininhaber oder aufgrund einer Änderung der Geschäftsgrundlage. Auch die geltend gemachten Ansprüche auf laufende oder nachholende Ausschüttungen seien nicht gegeben. Schließlich könnten die Klägerinnen auch weder Erstattung von Steuern verlangen noch die von ihnen geltend gemachten Auskünfte.	25
Der hinsichtlich der von ihr gehaltenen Genussscheine mit der WKN ...19 (2015er Genussscheine) auf § 3 Abs. 1 S. 2 der Genussscheinbedingungen (im Folgenden: GB) gestützte Rückzahlungsanspruch der Klägerin zu 1. scheitere daran, dass die Berechnung der Beklagten weder hinsichtlich der Verlustteilnahme der Genussscheininhaber nach § 4 Abs. 1 noch hinsichtlich eines (nicht bestehenden) Wiederauffüllungsanspruchs nach § 4 Abs. 2 GB zu beanstanden sei. Eine Auslegung der Genussscheinbedingungen ergebe, dass	26

Verlustvorträge aus dem Vorjahr zu berücksichtigen seien und 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. Die Berechnung der Verlustteilnahme nach § 4 Abs. 1 GB ...19 knüpfe an den handelsbilanziellen Begriff des Bilanzverlusts an, 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. 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 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. Gemeint sein könne – auch aus der Sicht eines verständigen Durchschnittsanlegers – nur der Bilanzverlust vor dem Abzug des Verlustanteils der Genussrechtsinhaber, wie auch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29.04.2014 (II ZR 395/12, insbesondere Rn. 26) zu verstehen 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 GB ...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 ...19) 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 Verlustteilnahmen 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 Begriffs „*Bilanzverlust*“ keine Zweifel, weil vor allem im Hinblick auf den Wortlaut – selbst unter Berücksichtigung der logisch notwendigen Modifizierung des handelsrechtlichen Begriffs – 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. § 340 g HGB sei nicht zu berücksichtigen. Die Formulierung „*in der Bilanz ausgewiesene[s] Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)*“ sei dahingehend auszulegen, dass der damit umschriebene Rechenposten allein das im handelsrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesene Eigenkapital zuzüglich des Genussscheinkapitals 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.

28

Auch aus der Formulierung des Klammerzusatzes („*einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten*“) ergebe sich kein anderes Verständnis. Damit werde in der Formel zur Berechnung der Verlustteilnahme zunächst das

29

handelsbilanzielle Eigenkapital um das Genussscheinkapital 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 Genussscheinkapital 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 ...19 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 ...19 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 ...19 – 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 Rechtsfolgenreise einen weiten Spielraum, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung im Sinne einer Vertretbarkeitskontrolle unterliege. Die darlegungs- und beweisbelasteten Klägerinnen hätten 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 könnten die Klägerinnen 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 Risiko 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 zu 1. 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. Der Umstand, dass die Beklagte (erst) im Geschäftsjahr 2016/2017 – zum Kaufpreis von lediglich 311 Mio. € – Hybridkapital im Nennwert von 911 Mio. € zurückgekauft habe, lasse zwar darauf schließen, dass es der Beklagten zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) an Eigenkapital gemangelt habe, sie dieses vielmehr hätte einsetzen können. Allerdings habe die Beklagte nachvollziehbar dargelegt, dass die hierfür aufgewendeten Mittel (erst) nach dem Verkauf ihrer Leasing-Tochter zur Verfügung gestanden hätten und sie die – günstige – Gelegenheit des Rückkaufs genutzt habe, um mögliche zukünftige Belastungen zu umgehen. Auch die durch die besondere Eigentümerstruktur der Beklagten begründete Interessenlage führe zu keiner anderen Bewertung. Der Klägerin zu 1. 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 ...79 und ...80 („Altemissionen“) stünden der Klägerin zu 1. keine Rückzahlungsansprüche gegen die Beklagte zu. Insoweit könne auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden.

34

Gleiches gelte für die Ansprüche der Klägerin zu 2. hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...19. Ihr stünden gegen die Beklagte auch keine Ansprüche hinsichtlich der von ihr gehaltenen Genussscheine mit der WKN ...42 zu. Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen sei darauf abzustellen, dass Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Verlustteilnahme nach § 4 Abs. 1 GB ...42 ebenfalls der Bilanzverlust sei. Dabei habe die Beklagte Verlustvorträge aus den Vorjahren aufgrund der Regelung des § 4 Abs. 1 S. 3 GB ...42, wonach diese „hierbei außer Betracht [bleiben]“, unstreitig nicht im „Bilanzverlust“ (dem Zähler der Berechnungsformel) berücksichtigt. Entgegen der Ansicht der Klägerin zu 2. sei der Rechenposten „in der Bilanz ausgewiesene[s] Eigenkapital“ nicht um Verlustvorträge aus den Vorjahren zu bereinigen. Denn die Formulierung „hierbei“ in § 4 Abs. 1 S. 3 GB ...42 beziehe sich nur auf den Verlust (Bilanzverlust). Die Formulierung „in der Bilanz ausgewiesene[s] Eigenkapital“ in § 4 Abs. 1 S. 1 GB ...42 nehme Bezug auf Nr. 11 Formblatt 1 RechKredV. Da Verlustvorträge aus dem Vorjahr in der Herleitung des Begriffs „Eigenkapital“ im Formblatt 1 RechKredV nicht erwähnt seien, erscheine es fernliegend, dass diese auch hier herausgerechnet werden sollten. Bei dem Begriff des „Bilanzverlusts“ sei dies hingegen auch nach der Gliederung des Formblatts 3 RechKredV ohne besonderen Aufwand möglich. Denn in der Herleitung des Begriffs „Bilanzverlust“ in der Gewinn- und Verlustrechnung sei der Verlustvortrag aus dem Vorjahr ausdrücklich erwähnt (Nr. 28). Da § 4 Abs. 1 S. 3 GB ...42 eine Regelung über Verlustvorträge treffe und die Überleitungsrechnung in § 158 Abs. 1 Nr. 1 AktG die Verlustvorträge in Beziehung zum Bilanzverlust, nicht aber zu dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital setze, erscheine es auch systematisch naheliegend, die Formulierung „hierbei“ auf den Bilanzverlust zu beziehen. Eine gegenüber den GB ...19 abweichende Auslegung ergebe sich auch nicht für den Rechenposten „in der Bilanz ausgewiesene[s] Eigenkapital (einschließlich

35

Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ in § 4 Abs. 1 S. 1 GB ...42. Dass der hierzu veröffentlichte Prospekt (Anlage K 62) bei der Darstellung des Einzelabschlusses (Seite 18 unter 6.2 mit Fußnote 3) das „Eigenkapital *inklusive Fonds für allgemeine Bankenrisiken*“ ausgewiesen habe, ändere nichts. Denn diese Angabe stehe in einem anderen Kontext und beziehe sich weder auf die Ermittlung des Bilanzverlusts noch auf die Berechnung der Verlustteilnahme. Auf Seite 20 des Prospekts werde für die Berechnung der Verlustteilnahme auf die Bedingungen – und nicht auf die Darstellung auf Seite 18 – verwiesen. Der Klägerin zu 2. stünden gegen die Beklagte auch keine Ansprüche hinsichtlich der von ihr gehaltenen Genussscheine mit der WKN ...56 zu, wobei auf die Ausführungen zu den Genussscheinen mit den WKN ...19 und ...42 verwiesen werden könne. Im Übrigen stelle § 2 Abs. 2 S. 1 GB ...56 ausdrücklich klar, dass Ausschüttungen auch dann ausgeschlossen seien, wenn durch sie ein bestehender Bilanzverlust erhöht werde.

Die Klägerinnen könnten von der Beklagten hinsichtlich der von ihnen gehaltenen Genussscheine mit den WKN ...19, ...42 und ...56 auch nicht (im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung) verlangen, an einer Erstattung von für das Jahr 2009 gezahlten Steuern oder an Zahlungen auf eine für das Geschäftsjahr 2014/2015 abgeschriebene Steuerforderung zu partizipieren. Dem stehe bereits entgegen, dass die Genussrechtsinhaber u. a. das Risiko der Bildung von Rücklagen und der Ausübung von bilanziellen Wahlrechten übernommen hätten. Diese Wertung könne auf die hier strittige Frage übertragen werden: Ebenso wie die Auflösung von Rücklagen, die sich im Nachhinein als unnötig erwiesen hätten, könnten auch andere abgeschlossene Vorgänge grundsätzlich nicht zum Anlass genommen werden, daraus später noch einmal Ansprüche herzuleiten. Denn dies würde nicht nur zu einer über die Laufzeit der Genussscheine hinausgehenden Rechtsunsicherheit führen, sondern es im Gegenzug auch nahelegen, dass die Genussscheininhaber auch an Folgekosten, wie z. B. Steuernachzahlungen, zu beteiligen wären. Schließlich stünden den Klägerinnen auch die zuletzt klageerweiternd geltend gemachten Ansprüche auf Auskunft über die in den Geschäftsjahren 2007/2008 bis 2016/2017 erfolgten Dotierungen der „§ 340g HGB-Reserve“ nicht zu. Die Klägerinnen machten gegen die Beklagte keine Ansprüche auf Rechenschaft im Sinne von § 259 BGB geltend, sondern beehrten nähere Auskünfte zu einer einzelnen Bilanzposition. Hierfür sei keine Rechtsgrundlage erkennbar. In Bezug auf die Dotierungen des Sonderpostens nach § 340g HGB in den Geschäftsjahren 2007/2008 bis 2012/2013 stehe den Klägerinnen aus keinem erdenklichen Gesichtspunkt ein Auskunftsanspruch gegen die Beklagte zu. Ein allgemeiner, auf § 242 BGB gestützter Auskunftsanspruch bestehe nicht. Die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB in den Geschäftsjahren 2007/2008 bis 2012/2013 stehe zwischen den Parteien nicht im Streit. Es sei daher schon im Ansatz nicht ersichtlich, dass die Klägerinnen – im Hinblick auf die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB in diesen Geschäftsjahren – über das Bestehen oder den Umfang ihrer Rechte im Ungewissen seien oder der begründete Verdacht einer Vertragspflichtverletzung der Beklagten bestehe. Im Hinblick auf die Geschäftsjahre 2013/2014 bis 2016/2017 könne offen bleiben, ob den Klägerinnen nach den vorstehenden Maßgaben dem Grunde nach ein Auskunftsanspruch zustehe. Soweit der Antrag darauf abziele, die bei der Beklagten im Zusammenhang mit der jeweiligen Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB angestellten Erwägungen in Erfahrung zu bringen, habe die Beklagte diese Auskunft – die eine Wissenserklärung darstelle – im vorliegenden Rechtsstreit schriftlich erteilt und damit erfüllt. Ein aus § 242 BGB abgeleiteter Anspruch auf Vorlage von Belegen komme nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht, die vorliegend nicht erkennbar seien. Offen bleiben könne, ob die Klägerinnen überhaupt die Vorlage von Belegen beehrten, die erforderlich wären, um sich die erforderliche Klarheit über Bilanzpositionen zu verschaffen, wie z. B. Verträge, Rechnungen, Wertgutachten oder andere Nachweise für Tatsachen. Die Kläger erstrebten mit dem Antrag letztlich vielmehr, sich eine

Grundlage zu verschaffen, um eine Entscheidung der Beklagten überprüfen zu können, die im Wesentlichen eine Ermessensentscheidung sei, und Dokumente dafür aufzufinden, die die Richtigkeit der von der Beklagten (im Rechtsstreit) erteilten Auskunft widerlege bzw. Anhaltspunkte für die von den Klägerinnen vermutete rechtsmissbräuchliche Dotierung des Sonderpostens – insbesondere im Hinblick auf die damit verbundenen Absichten der handelnden Personen – aufzeigten. Dieses Begehren aber sprengte den möglichen Gegenstand einer Auskunft, und betreffe eine mögliche Beweisführung. Da niemand verpflichtet sei, dem Gegner Beweismittel zu verschaffen, dürfe ein Begehren der Vorlage von Unterlagen nicht zu einer unzulässigen Ausforschung führen, wobei die Kammer nicht verkenne, dass jedem Auskunftsanspruch ein gewisses Maß an Ausforschung innewohne. Die allgemeinen Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast dürften hierdurch jedoch nicht unterlaufen werden. Eine Entscheidung über die – auf die Feststellung der Nichtigkeit der festgestellten Jahresabschlüsse der Beklagten für die Geschäftsjahre 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 gerichteten – Hilfsanträge zu 14. sei nicht veranlasst, weil die innerprozessuale Bedingung, dass die festgestellten Jahresabschlüsse gegenüber den Klägerinnen Bindungswirkung entfalten oder deren in der Klage geltend gemachten Ansprüche hemmen oder ausschließen, nicht erfüllt sei.

Hiergegen wenden sich die Klägerinnen mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Klageanträge unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlich dargelegten Rechtsansichten weiterverfolgen. Sie wenden sich zum einen gegen die ihrer Auffassung nach fehlerhafte Ermittlung der Verlustteilnahme der Genussscheine, zum anderen greifen sie die unterbliebene Wiederauffüllung des Genussscheinkapitals und die unterbliebene Kuponzahlung bei den 2015er- und 2017-er Genussscheinen in den Geschäftsjahren 2013/14, 2014/15 (2015er- und 2017er-Genussscheine), 2015/16 und 2016/17 (2017er-Genussscheine) an. Schließlich verfolgen sie auch die hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzansprüche sowie die Auskunftsansprüche gegen die Beklagte weiter.

37

Sie machen insbesondere folgendes geltend:

38

Zu Unrecht sei das Landgericht im Wege der Auslegung der Genussscheinbedingungen zu dem Ergebnis gelangt, dass bei der Ermittlung der Verlustteilnahme der 2017er-Genussscheine die Verlustvträge aus den Vorjahren im Nenner der Verlustteilnahmeberechnung, d.h. im Rechenposten „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital“ zu berücksichtigen seien, bzw. dieser Rechenposten nicht um die Verlustvträge zu bereinigen sei. Zutreffend sei vielmehr, dass im Hinblick auf den Wortlaut der Regelung in § 4 Abs. 1 S. 3 der 2017er-GB („Verlustvträge bleiben hierbei außer Betracht“) die Verlustvträge aus den Vorjahren zu berücksichtigen, d.h. diese nicht nur im Zähler, sondern auch im Nenner herauszurechnen seien. Unstreitig beziehe sich die Regelung sowohl auf S. 1 (Teilnahme am Bilanzverlust) als auch auf S. 2 (Kapitalherabsetzung). Mangels weiterer sprachlicher Einschränkungen nehme der Begriff „hierbei“ Bezug auf die Verlustteilnahmeberechnung als Ganzes und damit auch auf den Nenner („Eigenkapital“). Die vom Landgericht angenommene und im Wortlaut der Regelung nicht angelegte Einschränkung lasse sich auch nicht unter Rückgriff auf die RechKredV damit begründen, dass in der Herleitung des Begriffs „Eigenkapital“ im Formblatt 1 die Verlustvträge aus den Vorjahren nicht erwähnt seien. Denn dies verkenne, dass das zur Verlustbeteiligung heranzuziehende Eigenkapital im Nenner in einer Überleitungsrechnung aus der letztjährigen Bilanz zu ermitteln und der in der Vorjahresbilanz ausgewiesene Bilanzverlust identisch mit den Verlustvträgen aus dem Vorjahr im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 3 GB sei. Daher sei der vom Landgericht geforderte direkte Bezug zum Formblatt der RechKredV gegeben. Auch die Systematik, die Regelung in S. 3 vor die Klammer zu ziehen

39

und nicht im Zusammenhang nur mit dem Bilanzverlust zu nennen, spreche für die eigene Auslegung. Entgegen der auch nicht weiter begründeten Auffassung des Landgerichts sei ihre, der Klägerinnen, Auslegung auch nicht fernliegend, so dass jedenfalls die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB zu ihren Gunsten zur Anwendung komme.

Rechtsfehlerhaft sei die Auffassung des Landgerichts, bei der Ermittlung der Verlustteilnahme der 2015er-Genussscheine seien die Verlustvorträge aus den Vorjahren im Zähler der Berechnung nach § 4 Abs.1 der GB ...19, d.h. bei der Ermittlung des Bilanzverlustes zu berücksichtigen. Die Klägerinnen dürften nicht mehrfach an den vorgetragenen Verlusten beteiligt werden. Dies habe auch der Bundesverband deutscher Banken e.V. so vorgegeben, indem er ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass bei der Bezugnahme auf den Bilanzverlust unbedingt sicherzustellen sei, dass die Genussrechtsbedingungen eine Präzisierung dahin erhalten sollten, dass ein in den Bilanzverlust eingehender Verlustvortrag unberücksichtigt bleibe, um eine Doppelbelastung zu vermeiden. Hiervon habe die Beklagte nach ihren eigenen Angaben bewusst abweichen wollen, habe es aber dennoch nicht für nötig befunden, ihre Anleger auf die negativen Konsequenzen einer mehrfachen Beteiligung am Verlust hinzuweisen, sondern im Prospekt auf S. 6 vielmehr damit geworben, dass die Genussscheininhaber an einem etwaigen Verlust (Jahresfehlbetrag) teilnähmen. Durch die Bezugnahme auf den Jahresfehlbetrag in der Rubrik „wesentliche Ausstattungsmerkmale“ sei klargestellt worden, dass Verlustvorträge bei der Verlustbeteiligung außer Betracht blieben, denn diese seien eindeutig nicht Teil des Jahresfehlbetrages. Unklarheiten entstünden bei der vom Landgericht vorgenommenen Auslegung auch im Hinblick auf § 4 S. 2 GB, wonach hinsichtlich der Wiederauffüllung der Rückzahlungsansprüche auf den Jahresüberschuss und nicht auf den Jahresüberschuss nach Ausgleich der Verlustvorträge oder gar den „Bilanzgewinn“ abgestellt werde, so dass eine Wiederauffüllung auch bei vorhandenen Verlustvorträgen möglich erscheine, während ihre – der Klägerinnen – Auslegung widerspruchsfrei und damit überzeugender sei, was sich auch darin zeige, dass die Beklagte und der von ihr beauftragte Sachverständige hinsichtlich des Szenarios „Jahresüberschuss bei noch fortbestehenden Verlustvorträgen“ zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen kämen. Das Landgericht gehe nach ihrer, der Klägerinnen, Auffassung nicht bzw. nicht ausreichend auf ihre gegenteilige Argumentation, insbesondere auch hinsichtlich des gerügten Verstoßes gegen das Transparenzgebot ein, welcher zur Unwirksamkeit einer Klausel führe, die eine wiederholte Beteiligung an den Verlustvorträgen nach sich gezogen habe. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht Auslegungsgrundsätze verkannt und die §§ 305 c Abs.1 und 2, 307 Abs.1 S. 2 nicht bzw. rechtsfehlerhaft angewandt. Bei der Auslegung des Begriffs „Bilanzverlust“ sei dieser nicht nur um die unter Ziffer 31 Formblatt 3 der RechKredV erwähnten Entnahme aus dem Genusskapital zu bereinigen, sondern aus teleologischen und systematischen Gründen auch der unter Ziffer 28 aufgeführte Verlustvortrag aus dem Vorjahr auszuklammern, so dass auf den im jeweiligen Geschäftsjahr neu entstehenden Bilanzverlust abzustellen sei. Dies entspreche auch der Praxis anderer Kreditinstitute. Das Landgericht räume zwar selber ein, dass der Wortlaut nicht eindeutig sei und erkenne auch, dass bei Erzielen eines Jahresüberschusses und Vorliegen eines Bilanzverlustes aufgrund von (größeren) Verlustvorträgen aus dem Vorjahr gleichzeitig eine Verlustteilnahme (§ 4 Abs.1) und eine Wiederauffüllung aus Jahresüberschüssen (§ 4 Abs.2) statfinde. Trotz dieses wirtschaftlich unsinnigen Ergebnisses bei der vom Landgericht gewählten Auslegung, lasse das Landgericht die selbst vorgebrachten teleologischen und systematischen Argumente gegen das Auslegungsergebnis außer Acht und lasse zudem zu Unrecht auch keine Zweifel am Auslegungsergebnis erkennen. Zu Unrecht sei das Landgericht auch davon ausgegangen, dass es sich bei der Anknüpfung an den Bilanzverlust in § 4 Abs.1 GB nicht um eine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs.1 BGB handele. Unzureichend habe das Landgericht dies unter Hinweis auf eine einzige Kommentarstelle mit dem

Argument verneint, dass die Anknüpfung an den Begriff des Bilanzverlustes im Allgemeinen nicht ungewöhnlich sei. Denn sollte die Klausel dahingehend verstanden werden, dass die Emittenten ihre Genussscheininhaber im Rahmen der Anknüpfung an den „Bilanzverlust“ mehrfach an den vorgetragenen Verlusten beteiligen könnten, wäre die Klausel zum maßgeblichen Zeitpunkt der Emission der 2015er Genussscheine im Jahr 2004 in höchstem Maße ungewöhnlich gewesen, da zu diesem Zeitpunkt kein einziges Kreditinstitut eine Verlustbeteiligung an den vorgetragenen Verlusten bereits durchgeführt gehabt hätte. Dies sei erstmals 2007 geschehen. Ausgangspunkt für das Überraschungsargument seien die Erwartungen des Kunden vom Inhalt der Klausel. Ein Indiz für die Unüblichkeit der Klausel seien die Vorgaben des BdB. Auch gehöre die in den Prospekten enthaltene Werbung zu den relevanten Begleitumständen des Vertragsschlusses, die den Eindruck und die Erwartungen des Anlegers prägten. So könne alleine schon die irreführende Prospektangabe („Jahresfehlbetrag“, d.h. Teilnahme maximal am laufenden Verlust) zur Unwirksamkeit der Regelung gem. § 305c Abs.1 BGB führen, zumal sie unter der Bezeichnung „wesentliche Ausstattungsmerkmale“ zu finden sei und weitgehend die Genussscheinbedingen im Originalwortlaut wiedergäben, was zu einem Erlahmen der Aufmerksamkeit – gerade bei dem angesprochenen Kreis von Privatanlegern bei einer 100 € Stückelung - führe. Der Umstand, dass die Vertragsbedingungen im Prospekt nur wenige Seiten später abgedruckt gewesen seien, stehe der Annahme einer Überraschungsklausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB nicht entgegen. Jedenfalls aber verstoße die Regelung gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung sei daher davon auszugehen, dass auf den Bilanzverlust unter Ausklammerung der Verlustvorträge abzustellen sei.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergäben sich aber auch höhere Rückzahlungsansprüche, weil der Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB im Nenner der Verlustteilnahmeberechnung bei allen Genussscheinen zu berücksichtigen sei. Ausgangspunkt für die Auslegung des Begriffs „Eigenkapital“ in der Formulierung „*in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)*“ sei das haftende Eigenkapital gem. § 10 Abs. 2 S. 2 KWG a.F. sei, 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. Beim Abstellen auf das Formblatt 1 der RechKredV, wonach der Fonds für allgemeine Bankrisiken auf der Passivseite gesondert unter Ziff. 11 und nicht unter Ziff. 12 (Eigenkapital) ausgewiesen sei, sei der Klammerzusatz widersprüchlich und unverständlich. Denn nach Ziff. 9 Formblatt 1 RechKredV seien die nachrangigen Verbindlichkeiten ohnehin als gesonderte Position auf der Passivseite und nicht unter Ziff. 12 im Eigenkapital auszuweisen. § 10 Abs. 5a KWG a.F. habe dagegen nachrangige Verbindlichkeiten unter bestimmten Voraussetzungen zum haftenden Eigenkapital gezählt, so dass der Klammerzusatz Sinn ergebe. Das Landgericht habe die BGH-Entscheidung vom 29.04.2014 (II ZR 395/12) falsch interpretiert und nicht berücksichtigt, dass der II. Zivilsenat später auch die (abweichende) Entscheidung des OLG München bestätigt habe. Der II. Zivilsenat habe insbesondere nicht entschieden, dass „Eigenkapital“ im Sinne der GB deckungsgleich sei mit dem Gliederungsposten Eigenkapital im Sinne von Ziff.12 Formblatt RechKredV. Der Hinweis des BGH auf die Formblätter 2 und 3 RechKredV habe sich allein auf die dort streitgegenständliche Ermittlung des Bilanzverlustes bezogen. Die Unterstellung, der BGH hätte die Formblätter zur RechKredV verwechselt, sei unzutreffend. Fehlerhaft sei auch die Annahme, dass beim aufsichtsrechtlichen Eigenkapital als Ausgangspunkt der Zusatz „einschließlich Genussrechtskapital“ überflüssig wäre, weil es sich beim Genussrechtskapital nur unter bestimmten, in § 10 Abs.5 KWG a.F. geregelten Fällen um aufsichtsrechtliches Kapital handele und der Zusatz daher dahingehend

verstanden werden müsse, das es um die Einbeziehung des kompletten Genussscheinkapitals gehe. Für das Abstellen auf den aufsichtsrechtlichen Eigenkapitalbegriff spreche auch die Nichterwähnung der § 340g HGB-Reserve, die – anders als das Genussrechtskapital - uneingeschränkt als aufsichtsrechtliches Eigenkapital einzustufen sei (§ 10 Abs. 2a S. 1 Nr. 7 KWG a.F.) Stelle man dagegen auf das handelsbilanzielle Eigenkapital ab, ergebe sich der weitere Widerspruch, dass die offensichtlich nicht als bilanzielles Eigenkapital einzustufenden nachrangigen Verbindlichkeiten ausdrücklich ausgeklammert würden, nicht aber die „§ 340g Reserve“, obwohl diese zumindest materiell-rechtlich Eigenkapitalcharakter besitze, da sie dem Unternehmen unbefristet zur Verfügung stehe und voll am Verlust teilnehme. Es sei auch nicht überzeugend, dass das Landgericht die Einordnung als haftendes Eigenkapital als fernliegend einordne, obwohl es übliche Verkehrssitte sei, bei KWG-Genussscheinen auf das haftende Eigenkapital gem. § 10 Abs.2 S.2 KWG a.F. abzustellen und dies auch in den Bedingungen zum Ausdruck zu bringen. Die ergebe sich auch aus den Rahmenbedingungen für Genussrechte des BdB. Auch die Begrifflichkeit, dass auf das in der Bilanz „ausgewiesene“ Eigenkapital abzustellen sei, spreche nicht für ein handelsbilanzielles Verständnis, sondern weise lediglich darauf hin, dass nicht das komplette aufsichtsrechtliche Eigenkapital, sondern nur die offen in der Bilanz auf der Passivseite ausgewiesenen Positionen des aufsichtsrechtlichen Eigenkapitals zu berücksichtigen seien und nicht etwa die stillen Reserven, die zwar dem haftenden Eigenkapital zuzurechnen seien, aber nicht offen in der Bilanz ausgewiesen würden. Letztlich sei zu berücksichtigen, dass nur dann, wenn man auf das aufsichtsrechtliche Eigenkapital gem. § 10 Abs. 2 S. 2 KWG als Ausgangspunkt abstelle, jeder Teil der Klausel konstitutive Bedeutung bekomme. Für die eigene Auslegung spreche auch Sinn und Zweck der Teilnahmeklausel, Verluste auf das verlusttragende Kapital der Emittenten zu verteilen. So seien nachrangige Verbindlichkeiten in § 4 Abs. 1 der Genussscheinbedingungen als nicht verlusttragend ausgeklammert und sollten bei der Ermittlung der Verlustteilnahme nicht zugunsten der Genussscheininhaber im Nenner berücksichtigt werden, obwohl sie wie das Genussrechtskapital unter bestimmten Voraussetzungen dem haftenden Eigenkapital (Ergänzungskapital) zuzurechnen seien. Diesem Zweck widerspräche es, den Fonds für allgemeine Bankrisiken als Bestandteil des haftenden Eigenkapitals (Kernkapitals) bei der Ermittlung der Verlustteilnahme nicht im Nenner zu berücksichtigen, da es gerade gebildet werde, um bei einer späteren Auflösung Verluste absorbieren und so Ertragsschwankungen der Bank ausgleichen zu können. Nur bei einer Verteilung auf das komplette verlusttragende Kapital komme man zu der proportionalen Verlustbeteiligung, die die Beklagte in den früher geschlossenen Verträgen über stille Gesellschaften kommuniziert habe. Soweit das Landgericht dies als den Empfängerhorizont des durchschnittlichen privaten Kleinanlegers übersteigend ansehe, verwende es über den Wortlaut hinausgehende Überlegungen zu Lasten des Anlegers. Jedenfalls aber sei § 305c Abs. 2 BGB zugunsten der Genussscheininhaber anzuwenden, weil das eigene Auslegungsergebnis zumindest auch vertretbar sei.

Auch die Auslegung des Landgerichts, wonach die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken der Gewinnermittlung zuzurechnen sei, weshalb das Genussscheinkapital nicht wiederaufzufüllen sei, wenn sich der Emittent entscheide, alle Gewinne in den Fonds für allgemeine Bankrisiken einzustellen, weil dann ein Jahresüberschuss, der Bezugspunkt für die Wiederauffüllung des Genussscheinkapitals sei, nicht entstehe, beruhe auf einer Rechtsverletzung. Zu Unrecht habe das Landgericht die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB nicht angewandt, obwohl es erkannt habe, dass die klägerische Auslegung nach dem Wortlaut der Regelung möglich sei. Es sei nicht entscheidungserheblich, dass heute die Zuführung zu § 340g HGB zur Gewinnermittlung höchststrichterlich geklärt sei, weil es auf die damalige Sicht eines durchschnittlich verständigen Privatanlegers ankomme. Zu Unrecht

habe das Landgericht auch die Intransparenz der Klausel nicht geprüft.

43

Rechtsfehlerhaft seien die Ansprüche auf Kuponnachzahlungen bei den 2015er-Genussscheinen und 2017er-Genussscheinen abgewiesen und dies damit begründet worden, dass eine wortlautgetreue Auslegung („entstehen darf“) von § 2 Abs. 2 GB ausscheide. Sie, die Klägerinnen, seien der Auffassung, dass mit den Gewinnen vor der freiwilligen Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken die in den Geschäftsjahren 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016, die in den Geschäftsjahren 2007/2008 bis 2014/2015 (WKN ...19) bzw. bis 2015/2016 (WKN ...42 und ...56) ausgefallenen Kupons nachzuzahlen seien. Die Kuponnachzahlung sei dadurch begrenzt, dass „durch sie“ kein Bilanzverlust „entstehen“ dürfe. Durch die der Gewinnermittlung zuzurechnende Kuponnachzahlung entstehe aber kein Bilanzverlust, wenn und soweit, wie in den Geschäftsjahren 2013/ 2014 bis 2015/2016, ein vor der freiwilligen Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken ausreichender Gewinn vorliege. Nach dem Wortlaut der Klausel komme es für die Frage, ob die Kupons nachzuzahlen seien, ausschließlich darauf an, ob die Kuponnachzahlungen in den jeweiligen Geschäftsjahren zur Folge gehabt hätten, dass durch sie ein Bilanzverlust entstehe. Dies sei jedoch in diesen Geschäftsjahren jeweils nicht der Fall gewesen. Die Gewinne vor der freiwilligen Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken hätten in den betreffenden Geschäftsjahren ohne weiteres dazu ausgereicht, die in den vorangegangenen Geschäftsjahren ausgefallenen Kupons nachzuzahlen. Ihrer Verpflichtung zur Nachzahlung der ausgefallenen Kupons könne sich die Beklagte nicht mit der Begründung entziehen, ein Jahresüberschuss sei nicht entstanden, weil sie in diesen Geschäftsjahren jeweils alle Gewinne aufwandswirksam in den Fonds für allgemeine Bankrisiken eingestellt habe. Der Bilanzverlust würde in einem solchen Fall nicht durch die Kuponzahlung, sondern durch die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken entstehen. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken habe als Maßnahme der Gewinnermittlung Vorrang vor den Kuponnachzahlungen. Denn die Kuponnachzahlungen seien selbst Bestandteil der Gewinnermittlung. Sie seien nach der vom Landgericht für die Auslegung für maßgeblich erachteten RechKredV gemäß § 29 S. 2 i.V.m. Z. 1 Formblatt 2 als erste Position in der Gewinn- und Verlustrechnung unter den „Zinsaufwendungen“ auszuweisen. Für die Zuführungen zum Fonds für allgemeine Bankrisiken sei ein Ausweis in Formblatt 2 und 3 nicht einmal vorgesehen. Es werde ein Ausweis im Handelsergebnis empfohlen und die Beklagte habe entsprechend in der Aufstellung der Gewinn- und Verlustrechnung in der Kontoform gemäß Formblatt 2 die Aufwendungen aus der Zuführung zum Fonds für allgemeine Bankrisiken zwischen den sonstigen betrieblichen Aufwendungen nach Z. 6 Formblatt 2 und den Abschreibungen und Wertberichtigungen auf Forderungen und bestimmte Wertpapiere sowie Zuführungen zu Rückstellungen im Kreditgeschäft nach Z. 7 Formblatt 2 aufgeführt, und damit in unmittelbarer Nähe zum Handelsergebnis. Nach ihrem – der Klägerinnen – Verständnis würde ein Bilanzverlust durch die Kuponnachzahlungen nur entstehen, wenn und soweit der Gewinn vor der freiwilligen Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken für die Nachzahlung der Kupons nicht ausreichen würde, was in den betreffenden Geschäftsjahren jedoch nicht der Fall gewesen sei. Zudem sei auch ihre, der Klägerinnen, Auslegung KWG-konform. Die Vorgehensweise des Landgerichtes, die Kuponnachzahlungsklausel aufgrund vermeintlicher, vom Genussscheinemittenten einzuhaltender aufsichtsrechtlicher Vorgaben entgegen dem zivilrechtlich maßgeblichen Bedingungs wortlaut zulasten der Genussscheininhaber und zu Gunsten des Genussscheinemittenten so auszulegen, dass sie genau den gegenteiligen Inhalt hätten, als im Bedingungs wortlaut stehe, sei mit den §§ 305 ff. BGB, insbesondere der Zweifelsregelung gemäß § 305c Abs. 2 BGB, nicht vereinbar. Auch die teleologischen Erwägungen des Landgerichtes seien unzutreffend. Gleiches gelte für die Kuponnachzahlungen bei den 2017er-Genussscheinen WKN ...56 trotz des abweichenden Wortlauts, weil – nach ihrer

Auffassung - nur dann, wenn die Kuponnachzahlungen den Gewinn vor der freiwilligen Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken übersteigen würden, der Bilanzverlust „durch“ deren Zahlung „erhöht“ würde.

Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht auch die hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzansprüche abgewiesen. Die Beklagte habe ihre vertragliche Nebenpflicht, auf die Interessen der Genussscheininhaber Rücksicht zu nehmen, durch unzulässige Zuführungen zum Sonderfonds gem. § 340g HGB verletzt. Die Zuführung zum Sonderposten gem. § 340g HGB zur Erfüllung aufsichtsrechtlicher Vorgaben sei unzulässig, dabei handele sich nicht um ein allgemeines Bankrisiko im Sinne des § 340g HGB. Das Landgericht habe den Rechtsmissbrauchs begriff der höchstrichterlichen Rechtsprechung verkannt, die Darlegungs- und Beweislast falsch verteilt und wichtige Indizien für ein gezielt gegen ihre Interessen sprechendes Handeln der Beklagten nicht ausreichend berücksichtigt, insbesondere weder den wechselnden Vortrag der Beklagten im Prozess noch deren Verhalten nach Klageerhebung in seine Überlegungen miteinbezogen. Letztlich stünden ihnen auch die hilfsweise geltend gemachten Auskunftsansprüche aus § 242 BGB zu, weil nicht nur der begründete Verdacht einer Vertragspflichtverletzung der Beklagten vorliege. Die Beklagte habe vielmehr ihnen gegenüber ihre Pflichten aus dem Genussrechtsvertrag durch die Art und Weise, wie sie vermeintlich bestehende Bilanzierungswahlrechte in den Geschäftsjahren 2013/2014 bis einschließlich 2016/2017 ausgeübt habe, sogar tatsächlich verletzt. Schließlich bestünden auch Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der landgerichtlichen Tatsachenfeststellungen. Verfahrensfehlerhaft habe das Landgericht festgestellt, dass der durchschnittliche private Kleinanleger 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 könne. Denn die Höhe des regulatorischen Eigenkapitals – haftendes Eigenkapital gem. § 10 KWG a.F. – sei in den vorgelegten Jahresabschlüssen der Beklagten für die Geschäftsjahre 2007/2008 bis 2013/2014 jeweils textlich und in Tabellenform angegeben, und könne daher durchaus abgelesen werden. Auch die Bestandteile des haftenden Eigenkapitals könnten ohne weiteres der Handels-Bilanz entnommen werden, weil sie offen ausgewiesen seien. Fehlerhaft sei auch, dass die Höhe des bilanziellen Eigenkapitals „ohne weiteres“ aus der Handelsbilanz abgelesen werden könne, weil es nicht mit den von der Beklagten in ihren Bilanzen unter „Eigenkapital“ gem. Ziff. 12 Formblatt 1 RechKredV ausgewiesenen Posten deckungsgleich sei. Für die Verlustteilnahmeberechnung des Genussscheinkapitals sei – wie von der Beklagten auch praktiziert – auf die Beträge vor der Verlustteilnahme abzustellen, die sich den Jahresabschlüssen aber gerade nicht entnehmen ließen. Die fehlerhafte Annahme des Landgerichts sei auch entscheidungserheblich. Unzutreffend seien auch die Ausführungen des Landgerichts zur Überschreitung der maßgeblichen Eigenkapitalquoten und zum Zeitpunkt und der Erforderlichkeit der Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken. Zudem habe das Landgericht Indizien, die eindeutig für das gezielt den Interessen der Genussscheininhaber zuwider laufende Verhalten der Beklagten sprächen nicht bzw. nicht ausreichend gewürdigt, etwa die Prozessgeschichte und den Umstand, dass die Beklagte ihren zunächst gehaltenen Vortrag, dass die gesamte Dotierung im Geschäftsjahr 2013/2014 in Höhe von 403,2 Mio € zum Bestehen des Comprehensive Assessment notwendig gewesen sei, erst auf Vorhalt der Klägerinnen ausgewechselt und sodann behauptet habe, der wahre Grund für die weitere Zuführung seien angebliche Verhandlungen mit den Aufsichtsbehörden über die Verlegung des relevanten Stichtags gewesen. Auch das weitere Verhalten der Beklagten, insbesondere die zeitliche Abfolge bei den Rückstellungen, habe das Landgericht nicht berücksichtigt. Zudem vertreten die Klägerinnen die Auffassung, die Beweiswürdigung des Landgerichts auf Seite 29 des landgerichtlichen Urteils sei widersprüchlich.

- Die Klägerinnen beantragen, unter Abänderung des am 21.12.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf, Az. 10 O 159/17, 45
1. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 1.**, als Verwalterin des Investmentvermögens A. 1, auf die Genussscheine mit der WKN **...19** / ISIN DE000...197 einen Betrag von 16.789.200,00 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2015 bis zum 03.08.2015 in Höhe von 191.347,50 € sowie Zinsen aus einem Teilbetrag von 3.888.675,00 € seit dem 04.08.2014 sowie aus einem Teilbetrag von 12.900.525,00 € seit dem 04.08.2015 jeweils in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p.a., zu zahlen; 46
2. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 1.**, als Verwalterin des Investmentvermögens A. 1, auf die Genussscheine mit der WKN **...79** / ISIN DE000...793 einen Betrag von 154.710,00 € nebst Zinsen hieraus seit dem 01.01.2014 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen; 47
3. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 1.**, als Verwalterin des Investmentvermögens A. 1, auf die Genussscheine mit der WKN **...80** / ISIN DE000...801 einen Betrag von 51.226,20 € nebst Zinsen hieraus seit dem 01.01.2014 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen; 48
4. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 2.** auf die Genussscheine mit der WKN **...19** / ISIN DE000...197 einen Betrag von 4.564.160,00 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2015 bis zum 03.08.2015 in Höhe von 52.018,00 € sowie Zinsen aus einem Teilbetrag von 1.057.140,00 € seit dem 04.08.2014 sowie aus einem Teilbetrag von 3.507.020,00 € seit dem 04.08.2015 jeweils in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen; 49
5. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 2.** auf die Genussscheine mit der WKN **...42** / ISIN DE000...429 einen Betrag von 115.459,45 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2017 bis zum 01.08.2017 in Höhe von 1.158,73 € sowie Zinsen aus einem Teilbetrag von 32.900,00 € seit dem 02.08.2014, aus einem Teilbetrag von 4.700,00 € seit dem 02.08.2015, aus einem Teilbetrag von 4.700,00 € seit dem 02.08.2016 sowie aus einem Teilbetrag von 73.159,45 € seit dem 02.08.2017 jeweils in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen; 50
6. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu 2.** auf die Genussscheine mit der WKN **...56** / ISIN DE000...569 einen Betrag von 123.784,45 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2017 bis zum 01.08.2017 in Höhe von 1.386,77 € sowie Zinsen aus einem Teilbetrag von 39.375,00 € seit dem 02.08.2014, aus einem Teilbetrag von 5.625,00 € seit dem 02.08.2015, aus einem Teilbetrag von 5.625,00 € seit dem 02.08.2016 sowie aus einem Teilbetrag von 73.159,45 € seit dem 02.08.2017 jeweils in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5,625 Prozentpunkten, höchst hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., 51

mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen;

7. hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN **...19** / ISIN DE000...197 zu 100 % des Nennbetrages des Genussscheinkapitals ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass bei der Verlustteilnahmeberechnung die Verlustvorträge aus den Vorjahren nicht mehrfach als Verlust und im Eigenkapital der Fonds für allgemeine Bankrisiken als Eigenkapitalbestandteil zu berücksichtigen sind: 52

7.1. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 1.**, als Verwalterin des Investmentvermögens A. 1, auf die Genussscheine mit der WKN **...19** / ISIN DE000...197 einen Betrag von 3.752.880,00 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2015 bis zum 03.08.2015 in Höhe von 58.021,50 € sowie Zinsen aus 3.752.880,00 € seit dem 04.08.2015 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen; 53

7.2. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 2.** auf die Genussscheine mit der WKN **...19** / ISIN DE000...197 einen Betrag von 1.004.450,80 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2015 bis zum 03.08.2015 in Höhe von 15.773,20 € sowie Zinsen aus 1.004.450,80 € seit dem 04.08.2015 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen; 54

8. hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN **...19** / ISIN DE000...197 zu 100 % des Nennbetrages des Genussscheinkapitals und eine Berücksichtigung des Fonds für allgemeine Bankrisiken als Eigenkapitalbestandteil bei der Verlustteilnahmeberechnung ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass bei der Verlustteilnahmeberechnung die Verlustvorträge aus den Vorjahren nicht mehrfach als Verlust zu berücksichtigen sind: 55

8.1. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 1.**, als Verwalterin des Investmentvermögens A. 1, auf die Genussscheine mit der WKN **...19** / ISIN DE000...197 einen Betrag von 3.313.398,00 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2015 bis zum 03.08.2015 in Höhe von 51.849,00 € sowie Zinsen aus 3.313.398,00 € seit dem 04.08.2015 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen; 56

8.2. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 2.** auf die Genussscheine mit der WKN **...19** / ISIN DE000...197 einen Betrag von 900.750,40 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2015 bis zum 03.08.2015 in Höhe von 14.095,20 € sowie Zinsen aus 900.750,40 € seit dem 04.08.2015 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen; 57

9. a) hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN **...42** / ISIN DE000...429 zu 100 % des Nennbetrages ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass bei der Verlustteilnahmeberechnung im Eigenkapital der Fonds für allgemeine Bankrisiken als Eigenkapitalbestandteil zu berücksichtigen ist und die Verlustvorträge aus dem Vorjahr im Nenner der Verlustteilnahmeberechnung nicht als Abzugsposten zu berücksichtigen sind, die Beklagte zu 58

verurteilen, an **die Klägerin zu Ziffer 2.** auf die Genussscheine mit der WKN ...**42** / ISIN DE000...429 einen Betrag von 12.884,30 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2017 bis zum 01.08.2017 in Höhe von 204,07 € sowie Zinsen aus 12.884,30 € seit dem 02.08.2017 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen;

b) höchst hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN ...**42** / ISIN DE000...429 zu 100 % des Nennbetrages ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass bei der Verlustteilnahmeberechnung im Eigenkapital der Fonds für allgemeine Bankrisiken als Eigenkapitalbestandteil zu berücksichtigen ist, die Verlustvorträge aus dem Vorjahr im Nenner der Verlustteilnahmeberechnung hingegen als Abzugsposten zu berücksichtigen sind, die Beklagte zu verurteilen, an **die Klägerin zu Ziffer 2.** auf die Genussscheine mit der WKN ...**42** / ISIN DE000...429 einen Betrag von 3.090,45 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2017 bis zum 01.08.2017 in Höhe von 48,95 € sowie Zinsen aus 3.090,45 € seit dem 02.08.2017 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen;

10. a) hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN ...**56** / ISIN DE000...569 zu 100 % des Nennbetrages ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass bei der Verlustteilnahmeberechnung im Eigenkapital der Fonds für allgemeine Bankrisiken als Eigenkapitalbestandteil zu berücksichtigen ist und die Verlustvorträge aus dem Vorjahr im Nenner der Verlustteilnahmeberechnung nicht als Abzugsposten zu berücksichtigen sind, die Beklagte zu verurteilen, an **die Klägerin zu Ziffer 2.** auf die Genussscheine mit der WKN ...**56** / ISIN DE000...569 einen Betrag von 12.884,30 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2017 bis zum 01.08.2017 in Höhe von 244,23 € sowie Zinsen aus 12.884,30 € seit dem 02.08.2017 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5,625 Prozentpunkten, höchst hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen;

b) höchst hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN ...**56** / ISIN DE000...569 zu 100 % des Nennbetrages ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass bei der Verlustteilnahmeberechnung im Eigenkapital der Fonds für allgemeine Bankrisiken als Eigenkapitalbestandteil zu berücksichtigen ist, die Verlustvorträge aus dem Vorjahr im Nenner der Verlustteilnahmeberechnung hingegen als Abzugsposten zu berücksichtigen sind, die Beklagte zu verurteilen, an **die Klägerin zu Ziffer 2.** auf die Genussscheine mit der WKN ...**56** / ISIN DE000...569 einen Betrag von 3.090,45 € nebst ausgerechneter Zinsen für den Zeitraum vom 31.03.2017 bis zum 01.08.2017 in Höhe von 58,58 € sowie Zinsen aus 3.090,45 € seit dem 02.08.2017 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., hilfsweise in Höhe von 5,625 Prozentpunkten, höchst hilfsweise in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a., mindestens aber in Höhe von 5 % p. a., zu zahlen;

11. die Beklagte zu verurteilen, an **die Klägerin zu Ziffer 1.**, als Verwalterin des Investmentvermögens A. 1, vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 109.798,62 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a.

seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

12. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerin zu Ziffer 2.** vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 33.891,50 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a. seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 63
13. die Beklagte zu verurteilen, an die **Klägerinnen zu Ziffern 1. und 2. als** Gesamtgläubiger – neben den Klägern im Verfahren 10 O 285/18 – auf die verauslagten Gerichtskosten in Höhe von 242.808,00 € Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a. seit dem Zeitpunkt ihrer Einzahlung, hilfsweise mit dem Antrag der Beklagten auf Klageabweisung, bis zur Beantragung der Kostenfestsetzung zu zahlen; 64
14. hilfsweise für den Fall, dass das Gericht der Auffassung ist, dass die Jahresabschlüsse der Beklagten für die Geschäftsjahre 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 durch Heilung gemäß § 256 Abs. 6 Satz 1 AktG gegenüber den **Klägerinnen zu Ziffern 1. und 2.** Bindungswirkung entfalten und deren in der Klage geltend gemachten Ansprüche hemmen oder ausschließen: 65
- 14.1. festzustellen, dass der festgestellte Jahresabschluss der Beklagten zum 31.03.2014 für das Geschäftsjahr vom 01.04.2013 bis 31.03.2014 nichtig ist, 66
- 14.2. festzustellen, dass der festgestellte Jahresabschluss der Beklagten zum 31.03.2015 für das Geschäftsjahr vom 01.04.2014 bis 31.03.2015 nichtig ist, 67
- 14.2. festzustellen, dass der festgestellte Jahresabschluss der Beklagten zum 31.03.2016 für das Geschäftsjahr vom 01.04.2015 bis 31.03.2016 nichtig ist; 68
15. hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN ...**19** / ISIN DE000...197 zu 100 % des Nennbetrages ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass Rückzahlungen und (nachholende) Kuponzahlungen an die **Klägerin zu Ziffer 1.** auch nach dem Laufzeitende der Genussscheine aus einer zukünftigen Erstattung von für das Jahr 2009 gezahlter Körperschaftsteuer inkl. Solidaritätszuschlag oder aus Zahlungen auf die im Geschäftsjahr 2014/2015 abbeschriebene Steuerforderung erfolgen müssen, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, aus einer bis zur Feststellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2018/2019 erfolgenden Erstattung von für das Jahr 2009 gezahlter Körperschaftsteuer inkl. Solidaritätszuschlag oder aus Zahlungen auf die im Geschäftsjahr 2014/2015 abbeschriebene Steuerforderung vorrangig Zahlungen an die Klägerin zu Ziffer 1 auf die Genussscheine mit der WKN ...**19** / ISIN DE000...197 in Höhe von 16.789.200,00 € zu leisten; 69
16. hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN ...**19** / ISIN DE000...197 zu 100 % des Nennbetrages ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass Rückzahlungen und (nachholende) Kuponzahlungen an die **Klägerin zu Ziffer 2.** auch nach dem Laufzeitende der Genussscheine aus einer zukünftigen Erstattung von für das Jahr 2009 gezahlter Körperschaftsteuer inkl. Solidaritätszuschlag oder aus Zahlungen auf die im Geschäftsjahr 2014/2015 abbeschriebene Steuerforderung erfolgen müssen, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, aus einer bis zur Feststellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2018/2019 erfolgenden Erstattung von für das Jahr 2009 gezahlter Körperschaftsteuer inkl. Solidaritätszuschlag oder aus Zahlungen auf die im Geschäftsjahr 2014/2015 abbeschriebene Steuerforderung vorrangig Zahlungen an die Klägerin zu Ziffer 2 70

auf die Genussscheine mit der WKN ...19 / ISIN DE000...197 in Höhe von 4.564.160,00 € zu leisten;

17. hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN ...42 / ISIN DE000...429 zu 100 % des Nennbetrages ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass Rückzahlungen und (nachholende) Kuponzahlungen an die **Klägerin zu Ziffer 2.** auch nach dem Laufzeitende der Genussscheine aus einer zukünftigen Erstattung von für das Jahr 2009 gezahlter Körperschaftsteuer inkl. Solidaritätszuschlag oder aus Zahlungen auf die im Geschäftsjahr 2014/2015 abgeschriebene Steuerforderung erfolgen müssen, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, aus einer bis zur Feststellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2020/2021 erfolgenden Erstattung von für das Jahr 2009 gezahlter Körperschaftsteuer inkl. Solidaritätszuschlag oder aus Zahlungen auf die im Geschäftsjahr 2014/2015 abgeschriebene Steuerforderung vorrangig Zahlungen an die Klägerin zu Ziffer 2 auf die Genussscheine mit der WKN ...42 / ISIN DE000...429 in Höhe von 115.459,45 € zu leisten;

71

18. hilfsweise für den Fall, dass das erkennende Gericht eine Rückzahlung aus den Genussscheinen mit der WKN ...56 / ISIN DE000...569 zu 100 % des Nennbetrages ablehnt, sich aber der Auffassung anschließt, dass Rückzahlungen und (nachholende) Kuponzahlungen an die **Klägerin zu Ziffer 2.** auch nach dem Laufzeitende der Genussscheine aus einer zukünftigen Erstattung von für das Jahr 2009 gezahlter Körperschaftsteuer inkl. Solidaritätszuschlag oder aus Zahlungen auf die im Geschäftsjahr 2014/2015 abgeschriebene Steuerforderung erfolgen müssen, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, aus einer bis zur Feststellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2020/2021 erfolgenden Erstattung von für das Jahr 2009 gezahlter Körperschaftsteuer inkl. Solidaritätszuschlag oder aus Zahlungen auf die im Geschäftsjahr 2014/2015 abgeschriebene Steuerforderung vorrangig Zahlungen an die Klägerin zu Ziffer 2 auf die Genussscheine mit der WKN ...56 / ISIN DE0002731S69 in Höhe von 123.784,45 € zu leisten;

72

19. die Beklagte zu verurteilen, Auskunft zu erteilen über die in den Geschäftsjahren 2007/2008 bis 2016/2017 erfolgten Dotierungen der § 340g HGB-Reserve durch Vorlage der betreffenden Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse, der Beschlussvorlagen für Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse, Beschlussvorlagen für Vorstand und Aufsichtsrat und seiner Ausschüsse einschließlich interner Arbeitspapiere, der regulatorischen Kapitalplanung als wesentlicher Planungsgröße der operativen 5-Jahresplanung, sowie der Prüfberichte der Wirtschaftsprüfer, jeweils betreffend die Geschäftsjahre 2007/2008 bis 2016/2017.

73

Die Beklagte beantragt,

74

die Berufung zurückzuweisen.

75

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlichen Argumente. Sie macht im Wesentlichen geltend, das Landgericht habe zu Recht zu den 2017er Genussscheinen entschieden, dass sich § 4 Abs. 1 S. 3 der GB („Verlustvorträge aus den Vorjahren bleiben hierbei außer Betracht“) allein auf den Bilanzverlust und damit auf den Zähler der Verlustteilnahmeformel beziehe, während im Nenner auf das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital“, und nicht auf eine virtuell – gegebenenfalls über die gesamte Dauer des Genussscheins - zu berechnende Größe abzustellen sei, wie dies der BGH zu einer mit der vorliegenden fast identischen Klausel mit Urteil vom 29.04.2014 (II ZR 395/12) entschieden habe. Die Regelung mache auch Sinn, weil

76

Verlustvorträge gem. § 158 Abs.1 Nr. 1 HGB grundsätzlich Teil des Bilanzverlustes seien und nach der für Banken anwendbaren RechKredV gerade kein Gliederungspunkt des Eigenkapitals (Formblatt 1 RechKredV Ziff. 12). Die klägerische Überlegung, Verlustvorträge seien eigentlich doch ein relevanter Gliederungspunkt unter dem Begriff „Eigenkapital“ in der Bilanz der Beklagten, weil das für die Verlustbeteiligung relevante Eigenkapital dasjenige aus der letztjährigen Bilanz sei, sei irreführend, weil bei der Verlustzuweisung auf das aktuelle Eigenkapital abzustellen sei und sich dann, wenn sich das Eigenkapital im laufenden Jahr etwa durch Rücklagen oder Kapitalerhöhungen erhöht habe, diese Positionen selbstverständlich bei der Ermittlung des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals zu berücksichtigen seien, so dass nicht das letztjährige Eigenkapital verwendet werde. Die Regelung orientiere sich zudem an einer unverbindlichen Empfehlung des BdB, wonach die Genussrechtsbedingungen dann eine ausdrückliche Präzisierung erhalten sollten, wenn ein in den Bilanzverlust eingehender Verlustvortrag unberücksichtigt bleiben solle. Das singulär nur von den Klägern – und dies auch im Verfahren nicht von Anfang an - vertretene Verständnis widerspreche der juristischen Terminologie und konterkariere jede Möglichkeit der Überprüfung anhand des Jahresabschlusses. Es sei daher auch abwegig und fernliegend, wie das Landgericht zu Recht festgestellt habe.

Das Landgericht habe auch zu Recht ausgeführt, dass bei der Berechnung der Verlustteilnahme der 2015er Genussscheine die Verlustvorträge aus den Vorjahren als Teil des handelsrechtlichen Bilanzverlustes zu berücksichtigen seien. Denn handelsrechtlich gehöre zum Bilanzverlust gem. § 158 Abs. 1 Nr. 1 AktG und Ziff. 2 des Formblatts 2 zur RechKredV auch der Verlustvortrag. Bei der Auslegung der Genussscheinbedingungen sei dieses juristische Verständnis zu Grunde zu legen. So habe auch der BGH 2014 bereits entschieden, dass die relevante Bezugsgröße der Bilanzverlust im Sinne der handelsrechtlichen Regelung sei. Da höchstrichterlich auch entschieden sei, dass die Vereinbarung über die Verlustteilnahme der Genussscheine zum der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff HGB entzogenen Hauptleistungsinhalt gehöre, lägen die erneuten Ausführungen zur angeblichen Unbilligkeit der Berücksichtigung der Verlustvorträge als Teil des Bilanzverlustes neben der Sache. Für die Auslegung der Genussscheinbedingungen komme es maßgeblich auf deren Wortlaut an. Erst wenn dieser nicht eindeutig sei, könne gegebenenfalls auf weitere Umstände abgestellt werden. Hierfür bestehe vorliegend jedoch kein Raum, weil eindeutig auf den juristisch definierten Begriff des Bilanzverlustes Bezug genommen werde und das Abstellen auf Umstände außerhalb der Urkunde zur Unklarheit führe. Hinweispflichten im Prospekt oder wegen Fehlern im Prospekt gegebenenfalls bestehende Prospekthaftungsansprüche seien für die Auslegung der Genussscheinbedingungen nicht relevant. Die streitgegenständliche Klausel sei auch nicht ungewöhnlich oder überraschend im Sinne des § 305c Abs.1 BGB, da sie auf einen gesetzlich definierten Begriff abstelle und sich die Rechtsfolge daher aus den gesetzlichen Vorschriften ergebe. Bei der Verlustbeteiligung handele es sich auch um eines der Charakteristika und um eine der Hauptleistungspflichten des Genussscheininhabers. Es sei daher nicht überraschend, sondern zu erwarten, dass die Bedingungen hierzu Regelungen enthielten, worauf in den wesentlichen Ausstattungsmerkmalen unter Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 auch ausdrücklich hingewiesen werde. Wie sowohl die Genussscheinbedingungen der B. als auch die Empfehlungen des BdB gezeigt hätten, sei es auch durchaus üblich gewesen, dass eine vollständige Verteilung des Bilanzverlustes vereinbart worden sei. Nur dann, wenn die Emittenten etwas anderes hätten vereinbaren wollen, hätten sie dies laut Empfehlung ausdrücklich aufnehmen sollen. Ohne eine solche Vereinbarung sei jedoch schon 1986 klar gewesen, dass der gesamte Bilanzverlust zu verteilen gewesen sei. Durch die Prospektangaben sei es auch nicht zu einer „Überrumpelung“ gekommen. Im Hinblick auf den klaren Wortlaut liege auch kein – in der ersten Instanz auch nur mit einem Satz

erwähnter - Verstoß gegen das Transparenzverbot vor, so dass es auch keiner umfangreichen Ausführungen des Landgerichts hierzu bedurft habe.

Entgegen der Auffassung der Klägerinnen stellten die vorliegend zu beurteilenden Bedingungen gerade nicht auf das haftende Eigenkapital im Sinne der bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften (§ 10 Abs. 2 S. 2 KWG a.F.) ab, sondern auf das handelsbilanzielle Eigenkapital, also das, was in der Bilanz als Eigenkapital ausgewiesen werde. Unstreitig sei der Fonds für allgemeine Bankrisiken gem. § 340g HGB im handelsbilanziellen Sinn kein Teil des Eigenkapitals. Rechtsfehlerfrei habe das Landgericht auch eine Wiederauffüllung abgelehnt, weil in den relevanten Jahren kein Jahresüberschuss erwirtschaftet worden sei und die Dotierung des Sonderfonds für allgemeine Bankrisiken Teil der Ergebnisermittlung sei, über den der Vorstand ermessensfehlerfrei entschieden habe. Den Klägerinnen stünden auch keine Kuponzahlungen zu, weil solche gem. § 2 Abs. 1 GB auch ausgeschlossen seien, wenn der Bilanzverlust hierdurch wegen der Verlustvorträge lediglich vertieft werde und nicht nur dann, wenn dieser durch die Ausschüttungen neu entstehe. Äußerst vorsorglich werde zudem der Einwand der Verjährung erhoben. Die von den Klägerinnen hilfsweise geltend gemachten, auf eine angeblich unzulässige Zuführung zum Fonds für allgemeine Bankrisiken gestützten Schadensersatzforderungen bestünden ebenfalls nicht, wie das Landgericht dies auf der Grundlage eines zwischen den Parteien unstreitigen Sachverhaltes zutreffend festgestellt habe. Die Dotierung sei nach den gesetzlichen Vorgaben in § 340g HGB zulässig und aus der gebotenen ex ante Sicht sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach notwendig gewesen, wie sie dies bereits erstinstanzlich im Einzelnen – von den Klägerinnen nicht substantiiert bestritten - dargelegt habe. Zu Recht habe das Landgericht daher festgestellt, dass keine Anhaltspunkte für eine willkürliche Ausübung der bestehenden Gestaltungsspielräume bestünden, ein fehlerhaftes Verhalten bei der Dotierung des Sonderpostens nicht festgestellt werden könne und die Dotierungen daher rechtmäßig gewesen seien. Schließlich liefen die geltend gemachten Auskunftsansprüche auf eine unzulässige Ausforschung hinaus, wie vom Landgericht zutreffend erkannt. Die tatrichterliche Würdigung des Landgerichts sei weder unvollständig noch widersprüchlich, die Angriffe der Klägerinnen hiergegen substanzlos.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist – soweit sie sich nicht gegen die Abweisung der Klageanträge zu 15 bis 18 wendet – zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. 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. Das Landgericht hat die Klage vielmehr verfahrensfehlerfrei mit einem ausführlich und sorgfältig begründeten Urteil zu Recht abgewiesen. Die Ausführungen der Klägerinnen in der Berufung führen zu keinem hiervon abweichenden Ergebnis.

A.

Zutreffend hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass die Klägerinnen ihre bereits erstinstanzlich zur Entscheidung gestellten Anträge auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten (Klageanträge zu 11 und 12) und Zinsen auf die verauslagten Gerichtskosten (Klageantrag zu 13) sowie die Hilfsanträge zu 15 -18 in der Berufung weiterverfolgt haben, ohne sich insoweit mit den hierzu getätigten Ausführungen des Landgerichts auseinanderzusetzen. Hinsichtlich der Nebenforderungen führt dies jedoch schon deshalb nicht zur teilweisen Unzulässigkeit

der Berufung, weil auch das Landgericht diese Ansprüche allein unter Hinweis auf die Unbegründetheit der Hauptforderung abgewiesen hat und die hierzu getätigten Ausführungen in der Berufung angegriffen werden.

Demgegenüber hat das Landgericht sich auch inhaltlich damit auseinandergesetzt, warum die innerprozessuale Bedingung der mit den Hilfsanträgen zu 15 - 18 geltend gemachten Ansprüche - dass nämlich das erkennende Gericht sich der Auffassung der Klägerinnen anschließt, Rückzahlungen und nachholende Kuponzahlungen müssten auch nach dem Laufzeitende aus einer künftigen Erstattung von Steuerforderungen erfolgen - nicht gegeben ist. Mit den Ausführungen des Landgerichts dazu, warum die Klägerinnen an einer Erstattung von Steuern oder an Zahlungen auf eine abgeschriebene Steuerforderung nicht partizipieren können (vgl. Abschn. I. Ziff. 6 der landgerichtlichen Entscheidungsgründe) haben die Klägerinnen sich allerdings in der Berufungsbegründung nicht auseinandergesetzt, so dass die Berufung insoweit bereits unzulässig ist. 84

B. 85

Im Übrigen ist die Berufung insgesamt unbegründet. Den Klägerinnen stehen die mit der Berufung weiterverfolgten Zahlungs- und Auskunftsansprüche aus bzw. im Zusammenhang mit den von ihnen gehaltenen streitgegenständlichen Genussscheinen der Beklagten nicht zu. 86

1. Keine Zahlungsansprüche der **Klägerin zu 1** hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...19 (Klageantrag zu 1., Hilfsanträge zu 7.1 und 8.1) 87

Die **Klägerin zu 1** hat gegen die Beklagte weder die geltend gemachten vertraglichen Erfüllungsansprüche auf Rückzahlung des Nennbetrages, noch Sekundäransprüche auf Schadensersatz oder auf die geltend gemachten Ausschüttungen in Bezug auf die Genussscheine mit der WKN ...19 (2015er Genussscheine). 88

a.) Kein Rückzahlungsanspruch gem. § 3 Abs. 1 der Genussscheinbedingungen 89

Der Senat teilt die durch eine rechtsfehlerfrei vorgenommene Auslegung der Genussscheinbedingungen gewonnene Auffassung des Landgerichts, dass der Klägerin zu 1 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. 90

Das Landgericht hat zutreffend darauf erkannt, dass die Klägerinnen die von ihnen 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 können, 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 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. 91

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 zu 1 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 und die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB 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 93

Einig sind sich die Parteien noch darüber, dass sich die in § 4 Abs. 1 GB 119 geregelte Verlustbeteiligung der 2015er-Genussscheininhaber und ein danach gegebenenfalls verbleibender Rückzahlungsanspruch mit der nachfolgenden Berechnungsformel darstellen lässt: 94

Rückzahlungsanspruch nach Verlustbeteiligung in % = 95

Rückzahlungsanspruch vor Verlustbeteiligung in % x (1 – Bilanzverlust : in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital, einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne nachrangige Verbindlichkeiten). 96

Streitig ist, wie die in der Berechnungsformel verwendeten Begriffe („Bilanzverlust“, „Eigenkapital“, „einschließlich“) auszulegen und welche Bilanzpositionen demzufolge in die Berechnung einzubeziehen sind. 97

bb.) Berechnung der Verlustteilnahme (§ 4 Abs. 1 GB) 98

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 Bankrisiken gem. § 340g HGB. 99

Die hiergegen von der Berufung erhobenen Einwände überzeugen nicht. 100

(1)

Entgegen der Auffassung der Berufung 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. 102

(a) 103

Zutreffend und von der Berufung auch nicht beanstandet, ist das Landgericht davon 104
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 7.
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 (Klein-
)Anlegers und nicht das regelmäßig umfassendere Verständnis eines institutionellen Anlegers
abzustellen.

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 105

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) 106

Entgegen der Auffassung der Berufung 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. 107

(aa) 108

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 Genussscheinbedingungen 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. Soweit die Klägerin geltend macht, es käme auf den eingeschränkten Verständnishorizont eines durchschnittlichen Kleinanlegers an, von dem nach neuerer höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGHZ 195, 1, Rn. 25) nicht erwartet werden könne, dass er eine Bilanz lesen könne oder über vertiefte bilanzrechtliche Kenntnisse verfüge, sind solche jedenfalls nicht erforderlich, um zu erkennen, dass es sich um einen gesetzlich definierten Begriff handelt und wie sich dieser zusammensetzt. 109

Der maßgebliche durchschnittliche 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“ 110

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 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 C., 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 Genussscheinkapitals – 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: 111

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag	112
+/- Gewinnvortrag/Verlustvortrag	113
+ Entnahmen aus Kapitalrücklage	114
+ Entnahmen aus Gewinnrücklagen	115
+ Entnahmen aus Genussrechtskapital	116
- Einstellung in Gewinnrücklagen	117
- Wiederauffüllung des Genussrechtskapitals	118
= Bilanzgewinn/Bilanzverlust	119

Erkennbar ist der Bilanzgewinn/Bilanzverlust der Saldo aus 120
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) 121

Dass nach diesem Gliederungsschema in den Bilanzverlust Entnahmen aus dem 122
Genussrechtskapital eingehen, steht dem Auslegungsergebnis nicht entgegen, wie das
Landgericht zutreffend erkannt hat.

Zwar mag dann, wenn unter Berücksichtigung des „Bilanzverlusts“ der eigentlich vorgelagerte 123
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 (vgl. 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.

Soweit die Berufung sich für ihre gegenteilige Auffassung auf das Urteil des OLG München 124
vom 12.01.2012 (23 U 2737/11) stützt und geltend macht, das OLG habe im Sinne der
Klägerinnen entschieden, dass eine Berücksichtigung der Verlustvorträge nicht stattfinden
dürfe, obwohl eine ausdrückliche Ausklammerung in den Bedingungen nicht erfolgt sei,
verkennt sie zum einen, dass der Entscheidung des OLG München eine nicht vergleichbare
Verlustteilnahmeklausel (in § 6 der dortigen Genussscheinbedingungen) zugrunde lag und
sich das OLG bei seiner Entscheidung ganz maßgeblich darauf gestützt hat, dass aufgrund
der konkreten Formulierung eine eindeutige Auslegung nicht in Betracht komme, sondern die
Unklarheitenregelung greife. Hinzu kommt, dass das OLG München - entgegen der
klägerischen Behauptung - ausdrücklich ausgeführt hat, dass der Senat der von Habersack
vertretenen Auffassung, man könne kaum davon ausgehen, dass die Beteiligung am
Bilanzverlust auch auf Vorjahresverluste zurückgehende Verlustvorträge umfasse, nicht
generell zu folgen vermöge (vgl. OLG München, aaO, juris Rn. 47).

(cc)

Entgegen der Auffassung der Berufung ergeben sich vorliegend 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).

Eine Auslegung im Sinne der Klägerinnen, 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, 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 den Klägerinnen aufgeführter Umstände überzeugen allesamt nicht.

(aaa)

Aus der Systematik der Regelungen in § 4 GB 119 lässt sich kein abweichendes und erst Recht kein Verständnis des „Bilanzverlustes“ im Sinne der Berufung ableiten. Zwar nimmt § 4 Abs. 1 GB 119 ausdrücklich den Bilanzverlust zum Ausgangspunkt der vorzunehmenden Verlustteilberechnung, während § 4 Abs. 2 GB 119 für die Berechnung des Wiederauffüllungsanspruchs auf den Jahresüberschuss, und damit auf einen anderen, ebenfalls gesetzlich definierten Begriff abstellt. Es besteht jedoch kein zwingendes Bedürfnis, im Wege einer nicht am Wortlaut orientierten Auslegung ein einheitliches Verständnis zu erreichen. Die Regelungen sind ohne weiteres logisch nebeneinander anwendbar. Das Landgericht weist zutreffend darauf hin, dass gerade die Verwendung unterschiedlicher, aber jeweils gesetzlich geregelter Begriffe dafür spricht, dass tatsächlich auch unterschiedliche Ansatzpunkte für die jeweilige Berechnung gewählt werden sollten. Unklarheiten über die vorzunehmende Berechnung ergeben sich entgegen der Auffassung der Berufung auch dann nicht, sollte ein Bilanzverlust trotz eines Jahresüberschusses bestehen. Auch für diesen – eher theoretischen Fall – enthalten die Regelungen in § 4 GB 119 eindeutige Vorgaben, wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat. Eine „Überschneidung“ im Anwendungsbereich der Regelungen, die Zweifel an deren Aussagegehalt aufkommen lassen könnte, besteht jedenfalls nicht.

(bbb)

Soweit die Berufung geltend macht, das Auslegungsergebnis des Landgerichts sei unbillig, weil es dazu führe, dass die Inhaber der 2015er Genussscheine mehrfach an den Verlustvorträgen aus den Vorjahren und damit an Verlusten aus der Vergangenheit 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). Zutreffend hat daher bereits das Landgericht ausgeführt, dass dem Umstand, dass in besonderen Konstellationen Genussscheininhaber gegenüber Aktionären überproportional an einem Verlust beteiligt werden könnten, keine entscheidende Bedeutung beizumessen ist. Insoweit hilft auch eine historische Betrachtung nicht weiter.

(ccc)

132

Der Hinweis auf die als Anlage K 123 eingereichte Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Banken e.V. aus 1986, wonach die Mitglieder unbedingt sicherzustellen hätten, dass die Genussscheinbedingungen eine Präzisierung dahingehend enthalten sollten, dass ein in den Bilanzverlust eingehender Verlustvortrag unberücksichtigt bleibe, bestätigt vielmehr das vom Landgericht gewonnene Auslegungsergebnis zur vorliegenden Klausel, weil eine dahingehende Präzisierung hier gerade nicht erfolgt ist. Ist keine „präzisierende“ Vereinbarung zur Nichtberücksichtigung von Verlustvorträgen getroffen worden, ist der Begriff des Bilanzverlustes im Sinne der gesetzlichen Regelung zu verstehen, d.h. einschließlich der Verlustvorträge. Es bleibt dann dabei – worauf auch in der Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Banken e.V. hingewiesen wird – dass der auf die Anteilseigner entfallende Anteil am Bilanzverlust – entsprechend den aktienrechtlichen Möglichkeiten – grundsätzlich auf neue Rechnung als Verlustvortrag vorgetragen werden und dann gegebenenfalls eine mehrfache Beteiligung des Genussrechtskapitals erfolgen kann.

133

(ddd)

134

Dass es der Praxis anderer Kreditinstitute entsprechen soll, trotz vertraglicher Anknüpfung an den „Bilanzverlust“ bei der Berechnung der Verlustteilnahme den Verlustvortrag aus dem Vorjahr auszuklammern, hat die Berufung schon nicht ausreichend dargetan. Selbst wenn dem aber so wäre, besäße dies für die Auslegung keine unmittelbare Relevanz. Denn dass dies einem allgemeinen Verständnis des Begriffs „Bilanzverlust“ bei der Berechnung der Verlustteilnahme in Genussscheinbedingungen entsprochen hätte, haben auch die Klägerinnen nicht geltend gemacht. Entgegen ihrer Behauptung ist das Landgericht auch nicht rechtsfehlerhaft über ihren erstinstanzlichen Sachvortrag hinweggegangen. Es hat vielmehr zutreffend im Rahmen der Auslegung unter I. 1. a) bb) (1) (b) (cc) ausgeführt, dass ein Vergleich mit den Bedingungswerken anderer Genussscheine schon deshalb nicht weiterführt, weil der durchschnittliche private Kleinanleger solche nicht kennt und daher auch in seine Überlegungen nicht einbeziehen kann. Soweit die Berufung geltend macht, in anderen Genussscheinbedingungen anderer Kreditinstitute 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.

135

(eee)

136

Auch die Angaben auf Seite 6 im Emissionsprospekt (K 21, „Unternehmensbericht für die Zulassung zum Börsenhandel im geregelten Markt“) unter der Überschrift „Teilnahme am

137

Verlust“ führen zu keinem anderen Auslegungsergebnis. Zwar wird im Prospekt – was das Landgericht auch nicht verkannt hat – auf Seite 6 angegeben, dass die Genussscheininhaber an einem „etwaigen Verlust (Jahresfehlbetrag)“ teilnahmen, bevor 2 Seiten später - ab Seite 8 - die Genussscheinbedingungen zutreffend, nämlich unter Verwendung des Begriffs „Bilanzverlust“ wiedergegeben werden.

Es ist bereits fraglich, ob vorliegend die auf Seite 6 des Prospektes gemachten Angaben für die Auslegung der im Prospekt zutreffend wiedergegebenen Klausel zur Verlustbeteiligung, insbesondere des dort verwendeten Begriffs „Bilanzverlust“, überhaupt herangezogen werden können. Zur Ermittlung des Inhalts der Genussscheinbedingungen ist primär und maßgeblich auf deren objektiven Wortlaut abzustellen. Erst wenn dieser nicht eindeutig ist, kommt es entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragsparteien beachtet werden muss (BGH, Urteil vom 30. Juni 2009 – XI ZR 364/08 –, Rn. 20, juris). In diesem Rahmen können gegebenenfalls auch Umstände „außerhalb der Urkunde“ Berücksichtigung finden. Soweit das Landgericht für seine Auffassung, dass bei der Auslegung zu berücksichtigende Umstände sich auch aus dem Emissionsprospekt ergeben können, auf die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 15.07.2015 (19 U 201/13) verweist, ist zu berücksichtigen, dass jedenfalls in dem dem OLG Frankfurt zur Entscheidung vorliegenden Fall aus dem dort vorliegenden Prospekt schon deshalb keine vom Wortlaut abweichende Auslegung entnommen werden konnte, weil dieser keine weiteren Ausführungen zur Verlustbeteiligung enthielt. Dass und wie diese zu berücksichtigen wären, wären sie im Prospekt enthalten, ist der Entscheidung dagegen nicht zu entnehmen. Die von der Berufung in Bezug genommene Verwendung des Begriffes „Jahresfehlbetrag“ im Prospekt ist vorliegend jedenfalls weder erforderlich noch geeignet, um zum Verständnis der Klausel beizutragen. Die Klausel ist vielmehr schon aus sich heraus ihrem Wortlaut nach verständlich. Vorliegend ist der Wortlaut der Klausel, insbesondere der Begriff „Bilanzverlust“, entsprechend seiner juristischen Fachbedeutung zu verstehen, wonach die Verlustvorträge mitumfasst sind, wie bereits ausgeführt. Die Verwendung des ebenfalls klar definierten juristischen Begriffs „Jahresfehlbetrag“ in der - der Wiedergabe der Genussscheinbedingungen vorangestellten - Darstellung der Verlustteilnahme im Prospekt steht hierzu in offenem Widerspruch, weil der Jahresfehlbetrag – unstreitig – den Verlustvortrag des Vorjahres gerade nicht umfasst. Aufgrund dieses offenkundigen Widerspruchs können die von der zutreffenden Wiedergabe der Genussscheinbedingungen abweichenden Angaben auf Seite 6 des Prospektes gerade nicht zur ergänzenden Auslegung des Begriffs „Bilanzverlust“ herangezogen werden. Zutreffend hat das Landgericht vielmehr ausgeführt, dass der durchschnittliche verständige Anleger erkennt, dass es sich bei der Angabe auf Seite 6 um eine klare Abweichung von den vertraglich vereinbarten Regelungen in den Genussscheinbedingungen handelt, zumal unmittelbar zuvor im Rahmen der Beschreibung der Ausstattungsmerkmale unter der Überschrift „Rückzahlung“ (vgl. Seite 5 unten) für den Rückzahlungsanspruch ausdrücklich auf den Vorbehalt aus der Regelung in § 4 der GB 119 verwiesen wird. Dass der Prospekt den Anleger durch die falschen, weil von den maßgeblichen Genussscheinbedingungen abweichenden Angaben auf Seite 6 hinsichtlich der Verlustteilnahme unzutreffend aufklären mag, begründet – beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen gegebenenfalls – einen Prospekthaftungsanspruch des Anlegers, vermag jedoch auf die Auslegung des Begriffs „Bilanzverlust“ keine Auswirkung zu entfalten.

(dd)

Auch eine Anwendung der Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB kommt nicht zu dem von der Berufung 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 Berufung favorisierte, rechtlich vertretbar ist. Die Angaben im Prospekt („Jahresfehlbetrag“) mögen – angesichts der Regelungen in den Genussscheinbedingungen – unzutreffend sein, machen die Genussscheinbedingungen aber nicht unklar.

(ee)

141

Die Regelung zur Verlustteilnahme der Genussscheininhaber in § 4 Abs. 1 GB 119 stellt auch 142 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 143 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 C., Festschrift für Hüffer, 679, 681 und 691) stellt die Berufung letztlich 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 Klägerinnen selber einräumen, 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. Der von den Klägerinnen mehrfach herangezogene Umstand, dass der BdB konkrete Empfehlungen zur Gestaltung von Genussscheinbedingungen gegeben hat, bestätigt jedenfalls, dass mit Regelungen zu rechnen war, bei denen die Verlustteilnahme unter Bezugnahme auch des gesetzlich vorgegebenen Begriffs des Bilanzverlustes in Genussscheinbedingungen vorgesehen war und bei denen mangels der empfohlenen „Präzisierung“ eben auch Verlustvorträge der Vorjahre miteinbezogen wurden. Insofern war auch die mit Anknüpfung der Verlustbeteiligung an den Begriff „Bilanzverlust“ verbundene Rechtsfolge der Beteiligung der Genussscheininhaber auch an vorgetragenen Verlusten nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs.1 BGB. Da sich die Einbeziehung des Verlustvortrages in den Bilanzverlust aus den

gesetzlichen Vorschriften ergibt, besteht schon von daher kein Raum für die Annahme einer überraschenden Klausel. Selbst wenn es so gewesen sein sollte, wie die Klägerinnen behaupten, dass zum Zeitpunkt der Emission der 2015er Genussscheine im Jahre 2004 eine mehrfache Beteiligung von Genussscheininhabern an Verlustvorträgen der Vorjahre im Ergebnis völlig unbekannt gewesen sein sollte, lässt sich hieraus nicht ableiten, dass zum damaligen Zeitpunkt dahingehende vertragliche Regelungen unbekannt oder jedenfalls völlig unüblich und damit für Anleger überraschend gewesen seien. Dass zum damaligen Zeitpunkt die gegebenenfalls mehrfache Beteiligung an Verlustvorträgen unterblieben ist, könnte – wie die Beklagte zutreffend geltend macht – nicht an der Unüblichkeit einer dahingehenden Regelung, sondern schlicht daran gelegen haben, dass zu diesem Zeitpunkt deutsche Genussscheine emittierende Banken zumeist keine großen Verlustvorträge „vor sich her geschoben haben“.

Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Klägerin zu 1 auch nicht wegen „besonderer Begleitumstände“ des Vertragsschlusses, welche die Klägerinnen in den Prospektangaben auf Seite 6 des Emissionsprospektes sehen. Der objektiv generelle Maßstab für die Beurteilung des Überraschungseffekts einer Klausel schließt es zwar nicht aus, im Einzelfall konkrete Begleitumstände des Vertragsabschlusses zu berücksichtigen, wenn diese auf die Erwartungen des Vertragspartners prägenden Einfluss genommen haben und sich im Hinblick hierauf die Klausel als überraschend darstellt (Roloff/Looschelders in: Ertman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 305c BGB, Rn. 10). Ein solch prägender Einfluss der allgemeinen Angaben im Prospekt auf die Erwartung der Genussscheininhaber bezüglich der als maßgeblich gekennzeichneten und nur wenige Seiten später abgedruckten Vertragsbedingungen, dass er mit der in § 4 Abs.1 GB 119 geregelten Verlustbeteiligung nicht rechnen musste, von ihr vielmehr überrumpelt wurde, kann vorliegend jedoch nicht festgestellt werden. Wie die Beklagte zu Recht geltend macht, sind die von der Berufung zur Begründung ihrer Auffassung herangezogenen Entscheidungen des OLG Hamburg vom 14.10.2016 (11 U 23/16) und des OLG Oldenburg vom 28.11.2014 (6 U 111/14) mit der vorliegenden Fallkonstellation nicht vergleichbar. Dort wurde – anders als hier – mit den jeweils relevanten Klauseln von gesetzlichen Wertungen abgewichen. Aus den Entscheidungen kann insbesondere nicht abgeleitet werden, dass fehlerhafte Prospektangaben regelmäßig zur Bewertung von zutreffend wiedergegebenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als überraschend oder ungewöhnlich führen. Wie bereits dargelegt, werden im vorliegenden Prospekt die für den Vertragsinhalt maßgeblichen Genussscheinbedingungen und insbesondere die vom Anleger zu erwartenden Regelungen zur Verlustteilnahme – mit eindeutigen, aus gesetzlichen Regeln abgeleiteten Ergebnis – zutreffend ab Seite 8 und damit im unmittelbaren Anschluss an die auf Seite 6 getätigten Ausführungen wiedergegeben. In der Beschreibung zu den wesentlichen Ausstattungsmerkmalen wird hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs ausdrücklich auf § 4 der Genussscheinbedingungen verwiesen. Auch ihr Abdruck ist nicht überraschend, da schon im Inhaltsverzeichnis auf die Genussscheinbedingungen hingewiesen wird. Zudem sind sie mit Paragraphen versehen und im Prospekt als maßgebliches Vertragswerk unschwer erkennbar.

(ff) 145

Die Klausel ist auch nicht intransparent. Eine Intransparenz im Sinne des § 307 Abs.1 S. 2 BGB ergibt sich – entgegen der Auffassung der Berufung – insbesondere auch nicht aus der Wiederauffüllungsklausel in § 4 Abs. 2 GB 119. 146

Zwar steht das Transparenzgebot neben der Inhaltskontrolle im Sinne einer materiellen Benachteiligungskontrolle und führt gerade unabhängig von einer inhaltlichen Benachteiligung bei einer Intransparenz zur Unwirksamkeit der Klausel (BGHZ 140, 25, 31; BGH NJW 2006, 2545, 2546). Auch ist bei der Beurteilung der Transparenz einzelner Klauseln nicht nur die einzelne Klausel isoliert zu betrachten, sondern es kann sich eine Intransparenz im Sinne eines Summierungseffektes auch aus der Kombination von mehreren im Sachzusammenhang stehenden Klauseln ergeben (vgl. Wurmnest/MünchKommBGB, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 35 mwN). Doch regeln § 4 Abs. 1 GB 119 und § 4 Abs. 2 GB 119 völlig unterschiedliche, voneinander unabhängige sowie sprachlich und inhaltlich abtrennbare Bestimmungen, so dass, selbst wenn die Regelung zur Wiederauffüllungsklausel in § 4 Abs. 2 GB 119 für sich betrachtet intransparent wäre - wie nicht -, dies keinen Einfluss auf die Beurteilung der Regelung in § 4 Abs. 1 GB 119 hätte. Eine Intransparenz folgt auch nicht alleine daraus, dass die Beklagte auf der einen Seite und der von ihr beauftragte Sachverständige C. sowie das Landgericht auf der anderen Seite zu § 4 Abs. 2 GB 119 möglicherweise voneinander abweichende Auslegungen vertreten. Denn für die Annahme einer Intransparenz genügt es nicht, dass unterschiedliche Auffassungen zur Auslegung der Klausel vertreten werden. Eine Widersprüchlichkeit, die zur Intransparenz der Regelung in § 4 Abs. 1 GB 119 führen könnte, ist demgegenüber nicht ersichtlich.

(2) 148

Entgegen der Auffassung der Berufung hat das Landgericht aber auch zutreffend und unter Berücksichtigung der vorangestellten Maßstäbe zur Auslegung von 149
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 oder sämtliches haftungsrelevantes Kapital der Gesellschaft (so Caspar, Anlage K 3 S. 41). 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) 150

Da auch bei der Auslegung des Begriffs „Eigenkapital“ nach den bereits dargelegten 151
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.

Soweit die Klägerinnen nach wie vor vertreten, „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. § 340g HGB gehöre, negieren sie die konkrete Formulierung in den streitgegenständlichen Bedingungen, wonach das „in der Bilanz ausgewiesene“ und nicht – wie bei anderen, von ihnen zur Begründung ihrer Auffassung herangezogenen Bedingungen (etwa der Genussscheinbedingungen mit der WKN HLB der ehemaligen Landesbank D.) – das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital i.S.d. § 10 Abs. 2a, 4 und 5 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. 152

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, das 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, haben die Klägerinnen 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). 153

Der Senat ist der Auffassung, dass dieses 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 Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ Bezug nahm. Zu Recht macht die Berufung 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 „Genussscheinkapital“ 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 154

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.

An diesem Ergebnis vermögen auch die rechtshistorischen Betrachtungen der Klägerinnen zur Rechtslage vor Inkrafttreten der RechKredV nichts zu ändern. 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 deutet vielmehr darauf hin, 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. 155

(b) 156

Der Argumentation der Berufung, dass sich jedenfalls aus dem Klammerzusatz „einschließlich Genussscheinkapital, 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. 157

(aa) 158

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass die Formulierung „einschließlich Genussscheinkapital“ im Sinne eines „zusammen mit“ zu verstehen ist, und damit eine (konstitutive) Erweiterung des Eigenkapitals um das Genussscheinkapital zum Ausdruck gebracht werden soll. Dies wird von den Klägerinnen in der Berufungsinstanz – anders als noch in der Klageschrift auf S. 111 – auch nicht mehr in Abrede gestellt. Vielmehr stellen sie nunmehr darauf ab, dass die Formulierung „einschließlich“ im Sinne von „zusammen mit“ einen umfänglichen Einschluss des Genussscheinkapitals bedeute und damit die von § 10 Abs. 5 KWG a.F. nicht mehr erfassten Genussscheine mit kurzer Laufzeit integriere. Auch diese (neue) Interpretation überzeugt jedoch nicht. Zutreffend ist zwar, dass Genussscheinkapital nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen in § 10 KWG zum haftenden Eigenkapital gehört. Diese Differenzierung findet sich in der gewählten Formulierung jedoch nicht. Die auszulegende Formulierung lautet auch nicht etwa „einschließlich des kompletten Genussscheinkapitals“ oder „einschließlich Genussscheinkapital unabhängig vom Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung ihrer Haftung als Eigenkapital in § 10 Abs. 5 KWG“. In § 4 Abs. 1 GB 119 findet sich vielmehr an keiner Stelle ein Bezug zur Haftung, worauf bereits das Landgericht hingewiesen hat, sondern lediglich der Verweis auf das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital“ und damit – wie bereits ausgeführt – ein Hinweis auf ein bilanzielles Verständnis der Rechtsbegriffe. 159

Soweit die Klägerinnen in der Berufungsbegründung den in der Klausel verwendeten Begriff nunmehr dahingehend verstanden wissen wollen, dass hierin ein Hinweis (nur) auf die „in der Bilanz offen ausgewiesene(n)“ Bestandteile des haftenden Eigenkapitals zu erblicken sei, und damit gewährleistet werden solle, dass stille Reserven, die zwar dem haftenden Eigenkapital zuzurechnen seien, aber nicht offen in der Bilanz ausgewiesen würden, keine Berücksichtigung finden, ist dem bereits entgegenzuhalten, dass die Klausel gerade nicht so formuliert ist, also weder die Einschränkungen „offen“ noch „Bestandteile“ bei der Erläuterung des Begriffs „Eigenkapital“ Ausdruck gefunden haben. 160

Zu Recht hat das Landgericht darauf abgehoben, dass bei einem aufsichtsrechtlichen Verständnis des Begriffs „Eigenkapital“ der Klammerzusatz „einschließlich Genussscheinkapital“ überflüssig wäre, weil gem. § 1 GB 119 nur Genussscheinkapital 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 Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“. 161

(bb) 162

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 Bankrisiken nicht im Klammerzusatz erwähnt wird, ergibt bei diesem Verständnis ebenfalls Sinn, weil es sich bei diesem gerade nicht um eine nachrangige Verbindlichkeit handelt. 163

(cc) 164

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 Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ Bezug genommen wurde, für deren Verständnis der BGH ebenfalls auf die handelsbilanziellen Begriffe abgestellt hat. 165

Das Landgericht hat sich auch zutreffend gegen das - von den Klägerinnen erneut für ihre Auffassung herangezogene - Urteil des OLG München vom 21.11.2013 (23 U 1864/13) abgegrenzt. Entgegen der Behauptung der Klägerinnen in der Berufungsinstanz kam der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München 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 166

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.

(c) 167

Entgegen der Ansicht der Berufung ist der Beklagten darin zu folgen, dass der durchschnittliche private Kleinanleger das regulatorische Eigenkapital aus der Bilanz – anders als dies beim bilanziellen Eigenkapital und den Genussrechten der Fall ist – nicht problemlos ablesen kann, was ebenfalls gegen die Auslegung der Kläger spricht. Aber auch aus dem Jahresabschluss lässt sich die Höhe des regulatorischen Eigenkapitals nicht ohne weiteres entnehmen. Probleme bereitet schon, dass verschiedene Posten, die nach § 10 KWG zu den haftenden Eigenmitteln zählen, wie etwa die Vorsorgereserve nach § 340f HGB im Jahresabschluss überhaupt nicht ausgewiesen werden und zudem nach § 10 Abs. 2b S. 2 und 3 KWG a.F. sowie § 10 Abs. 6 KWG a.F. umfangreiche Beschränkungen und Abzugsposten bei der Berechnung des haftenden Eigenkapitals zu berücksichtigen sind, die sich dem Jahresabschluss nicht entnehmen lassen.

168

(d) 169

Weitere Auslegungsgesichtspunkte, wie etwa die Überlegung, dass eine gleichmäßigere Verteilung der Verluste auf das verlustragende Kapital erreicht würde, wenn der Fonds für allgemeine Bankrisiken als Bestandteil des haftenden Eigenkapitals bei der Ermittlung der Verlustteilnahme im Nenner mit berücksichtigt würde, kommen im Hinblick darauf, dass sie keinerlei Anklang in den Bedingungen gefunden haben, nicht zum Tragen.

170

(e) 171

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 Klägerinnen dem Senat rechtlich vertretbar erscheint (dem landgerichtlichen Urteil auch insoweit folgend Fest, WM 2019, 1093, 1097).

172

(f) 173

174

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). 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, wie die Klägerinnen die Ausführungen des Landgerichts wohl (miss-)verstehen. 175

Entgegen der Berufungsbegründung hat das Landgericht auch nicht ausgeführt, dass die Klammerzusätze bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung zu verschiedenen vertretbaren Auslegungsergebnissen des Begriffs „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital“ führen. Es hat vielmehr ausdrücklich festgestellt, dass nur der Ausschluss der „anderen nachrangigen Verbindlichkeiten“ seinem Wortlaut nach für sich alleine betrachtet „zumindest auch“ als klarstellender Zusatz verstanden werden könne, was impliziert, dass er auch anders verstanden werden kann. Sogleich hat das Landgericht aber dem Gedanken der Klägerinnen, dass ihm eine konstitutive Bedeutung (nur) dann zukäme, wenn mit dem Begriff „Eigenkapital“ das regulatorische Eigenkapital im Sinne von § 10 KWG gemeint sei, weil nach § 10 Abs. 5a KWG bestimmte nachrangige Verbindlichkeiten dem regulatorischen Eigenkapital zuzurechnen seien, aus verschiedenen Gründen keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen, die es sodann ausgeführt und zutreffend für maßgeblich erachtet hat. 176

cc.) Kein Anspruch auf Wiederauffüllung § 4 Abs. 2 GB 119 177

Zu Recht 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 Klägerinnen 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. 178

(1) 179

Der Umstand, dass der Jahresabschluss der Beklagten auch im Geschäftsjahr 2013/2014 aufgrund der Dotierung in den fraglichen Jahren unstreitig keinen Jahresüberschuss 180

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) 181

Die Zuführung zum Sonderposten gem. § 340g HGB geht den Ansprüchen der Genussscheininhaber auf Wiederauffüllung ihrer Rückzahlungsansprüche nach § 4 Abs. 2 GB 119 jedoch vor. Sie ist Teil der Ergebnisermittlung und nicht, wie von den Klägerinnen - jedenfalls erstinstanzlich - vertreten, Teil der Gewinnverwendung. 182

(a) 183

So 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. 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 C./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., § 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). Diese Einschätzung entspricht der ganz herrschenden Auffassung in der Literatur und Rechtsprechung, wie die Beklagte zu Recht geltend macht und wird von den Klägerinnen in der Berufungsinstanz auch nicht mehr in Abrede gestellt, verweisen sie doch auf Seite 80 der Berufungsbegründung darauf, dass nicht entscheidungserheblich sei, ob die Zuführung zu § 340 g HGB nach entsprechender höchstrichterlicher Klärung der Gewinnermittlung zuzuordnen sei, da es darauf ankomme, dass der durchschnittliche Privatanleger dies damals nicht habe erkennen können. Soweit sie insoweit darauf verweisen, dass auch ein Fachmann wie der damals zuständige Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz, E., der federführend die Transformation der Bilanzrichtlinie in deutsches Recht geleitet habe, der Auffassung gewesen 184

sei, es handle sich nicht um eine Rückstellung, sondern um eine Gewinnrücklage, die dem Eigenkapital zuzurechnen sei, hält die Beklagte dem zu Recht entgegen, dass sich den – aus dem Zusammenhang gerissenen – Überlegungen von E. keine Ausführungen dazu entnehmen lassen, dass der Sonderposten zur Gewinnverwendung gehört.

Zwar mag zutreffend sein, dass – vor allen Dingen in der Vergangenheit – ein nicht unerheblicher Teil des Schrifttums den Sonderposten gem. § 340g HGB als Rücklage bezeichnet oder darauf hingewiesen hat, dass der Sonderposten aus handelsbilanzieller Perspektive Eigenkapitalcharakter aufweise und die gleichen Eigenschaften wie eine Gewinnrücklage habe (vgl. etwa Waschbusch, Die Bank 1994, 166, 167). Diesem Umstand ist jedoch nichts für das Verständnis des Privatanlegers zu entnehmen, der sich mit § 4 Abs. 2 der GB 119 konfrontiert sah. 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 dagegen 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.

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.

(b)

Soweit die Berufung die Auffassung vertritt, das Landgericht habe die Unklarheitenregelung gem. § 305c Abs. 2 HGB rechtsfehlerhaft nicht angewandt, obwohl es selber ausgeführt habe, dass es den Kreditinstituten nach dem Wortlaut möglich sei, Zuführungen zum Sonderposten nach § 340g HGB erst nach Ermittlung des Jahresüberschusses im Rahmen der Gewinnverwendung vorzunehmen, verkennt sie, dass das Landgericht insoweit nicht den Wortlaut der vertraglichen Klausel, sondern des § 340g HGB gemeint hat, was sich unschwer aus dem Gesamtzusammenhang ergibt. Das Landgericht hat daher keinesfalls angenommen, dass nach dem Wortlaut der vertraglichen Regelung in § 4 Abs. 2 GB 119 ein Verständnis vertretbar sei, Zuführungen zu § 340g HGB der Gewinnverwendung zuzuordnen. Eine hierauf zurückzuführende Unklarheit der Regelung besteht demzufolge nicht.

(c)

Auch die Rüge, das Landgericht habe keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB festgestellt, obwohl für den Anleger zum Zeitpunkt der Emission nicht erkennbar gewesen sei, welche wirtschaftliche Wirkung die Dotierung des Sonderpostens auf den Wiederauffüllungsanspruch gehabt habe, hat keinen Erfolg. 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. Denn 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. Februar 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).

Die Klausel wird auch durch die vorgenommenen Einschübe „nach der gesetzlich vorgeschriebenen Auffüllung der gesetzlichen Rücklage“ sowie „bevor eine anderweitige Verwendung der Jahresüberschüsse vorgenommen wird“ nicht intransparent bzw. wird eine Intransparenz nicht „erheblich verstärkt“. Denn diese Einschübe spielen im Zusammenhang mit dem Sonderposten gem. § 340g HGB überhaupt keine Rolle, da es sich dabei weder um eine gesetzliche Rücklage handelt (vgl. hierzu insbesondere Merkt, Der Sonderfonds für allgemeine Bankrisiken nach § 340g HGB und seine bilanzielle Einordnung, BKR 2019, 261), noch - wie bereits ausgeführt - eine Dotierung aus dem Jahresüberschuss erfolgt. 191

(d) 192

Zutreffend ist das Landgericht auch von der Rechtmäßigkeit der Dotierung des Sonderpostens nach § 340g durch die Beklagte ausgegangen. Die Klägerinnen haben 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). 193

(aa) 194

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.). 195

Der Zweck des Sonderpostens nach § 340 g HGB besteht in der Vorsorge vor branchenspezifischen Risiken, denen durch die Bildung von offenen Vorsorgereserven durch die Dotierung des Sonderpostens begegnet werden soll (vgl. C./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 196

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).

Entgegen der Auffassung der Berufung hat das Landgericht sehr wohl erkannt, dass die offene Vorsorgereserve gem. § 340 g HGB tatbestandlich voraussetzt, dass allgemeine Bankrisiken abgesichert werden. 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 § 340 g 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, 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 (vgl. Gaber, WM 2018,153,155). Soweit die Klägerinnen dem unter Bezugnahme auf ihren Gutachter F. entgegenhalten, es handele sich bei § 340 g HGB nicht um eine „Solvabilitätsvorschrift“, die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken könne nicht allgemein auf das Ziel einer Stärkung der Eigenmittel bzw. der Kernkapitalquote gestützt werden, weil die Dotierung nicht zwingend, sondern bloß fakultativ sei, überzeugt dies nicht. So 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 (vgl. C., WM 2017, 1725, 1728, wobei der Senat nicht verkennt, dass es sich bei dem Autor um den Privatsachverständigen der Beklagten handelt). Denn werden bankaufsichtsrechtliche Vorgaben nicht eingehalten, hat das betreffende Institut mit aufsichtsrechtlichen Konsequenzen bzw. 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 zu 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). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, wieso die tatbestandsmäßige Risikovorsorge vor allgemeinen Bankrisiken durch offene Vorsorgereserven auf den Ausgleich von konjunkturabhängigen Verlusten und negativen Ertragsschwankungen (sog.

Ergebnisglättung) beschränkt sein sollte, wie die Klägerinnen unter Hinweis auf die Kommentierung zu den stillen Vorsorgereserven gem. § 340f HGB vertreten. Bei grundsätzlich gleicher Zielsetzung unterscheiden sich die Normen nicht unwesentlich, etwa hinsichtlich der Bemessungsgrundlage, der Beschränkung der Reservebildung, dem Eigenkapitalcharakter der gebildeten Reserve sowie der Erkennbarkeit der Reserve (vgl. etwa MünchKommHGB-Böcking/Gros/Torabian aaO, § 340g Rn. 1).

Zu Recht hat das Landgericht vielmehr darauf abgestellt, dass die im Sonderposten verkörperten Mittel unstreitig als aufsichtsrechtliche Eigenmittel im Sinne des KWG alter Fassung anerkannt sind und jede Zuführung zum Sonderposten zu einer Erhöhung der aufsichtsrechtlichen Eigenmittel führt, was es auch aus systematischer Sicht naheliegen lässt, dass die Dotierung des Fonds auch zur Stärkung des regulatorischen Eigenkapitals genutzt werden kann. Diese vom Landgericht vertretene Auffassung wird auch nicht lediglich von auf Seiten der Beklagten tätigen Privatgutachtern geteilt. Dass eine Dotierung zum Zweck der Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen keinen Verstoß gegen § 340g HGB darstellt, vertritt vielmehr 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).

198

(bb) 199

Zu Recht ist das Landgericht auch davon ausgegangen, dass nicht nur auf Rechtsfolgende 200
ein Ermessensspielraum besteht, was auch die Klägerinnen nicht in Abrede stellen, 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 eröffnet ist (vgl. auch Löw in: Münchner Kommentar Bilanzrecht, 2013, § 340 g HGB, Rn. 6; Morfeld in: Beck'scher Online Kommentar HGB, Stand April 2020, § 340 g 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 2014, § 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 (vgl. 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 jedenfalls nicht. Die vernünftige kaufmännische Beurteilung beschreibt dabei 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, HGB § 340g Rn. 7). Dass die Entscheidungen des Vorstandes der Beklagten aus der gebotenen ex ante Sicht gemessen an diesen Vorgaben unvertretbar waren, haben die Klägerinnen auch in der Berufungsinstanz nicht darzulegen vermocht.

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. 202

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, stellen auch die Klägerinnen nicht in Abrede. 203

Soweit sie geltend machen, 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 im „Adverse Szenario“ geforderte CET 1- Quote von 5,5 % von der Beklagten um mehr als einen Prozentpunkt überschritten worden sei, weil sie in diesem Szenario eine CET 1-Quote von 6,53% erreicht und in allen anderen Stresstestszenarien die geforderten Eigenkapitalquoten sogar noch deutlicher überschritten habe, kann dahinstehen, ob die Berechnungen der Klägerinnen zutreffen. Selbst wenn dies so wäre, würde dies nichts an der vom Senat geteilten Auffassung des Landgerichts ändern, 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. 204

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. 205

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). Nichts hiervon Abweichendes ergibt sich aus dem von den Klägerinnen zweitinstanzlich erneut zur Begründung eines vermeintlich eingeschränkten Ermessens herangezogenen Bescheid der Sparkassenaufsicht des Landes NRW vom 09.06.2015 (Anlage K 40), dem keine ermessenseinschränkenden Auslegungskriterien zu entnehmen sind und dem – mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbare – Auseinandersetzungen über die Kompetenzen des Verwaltungsrates der Sparkasse zugrunde lagen, wie sich aus der weiteren Lektüre der Anlage K 40 unschwer ergibt. 206

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 (C./Sajnovits, WM 2017, 1725, 1729).

Dass dies vorliegend der Fall war, haben die Klägerinnen nicht darzulegen vermocht. Für die 208
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. Nicht verständlich ist der Vorwurf der Klägerinnen, das Landgericht habe hierbei unzureichend wechselnden Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt oder nicht erkannt, dass auch für die Beklagte jedenfalls am 20.05.2014 ausweislich des als Anlage K 35 vorgelegten Jahres- und Konzernabschlusses für das Jahr 2013/2014 bekannt gewesen sei, dass der maßgebliche Stichtag für die Ermittlung der CET 1 - Quote der 31.12.2013 gewesen sei. Denn aus dem Zusammenhang der von den Klägerinnen zitierten Äußerungen lässt sich vielmehr entnehmen, dass auch zum damaligen Zeitpunkt noch von Unsicherheiten in Bezug auf die einzuhaltende CET 1 - Quote und den für die Beurteilung maßgeblichen Stichtag ausgegangen wurde.

Daher kann dahinstehen und muss entgegen der Auffassung der Klägerinnen auch nicht 209
aufgeklärt werden, ob – aus einer ex post Betrachtung – eine Dotierung in Höhe von (nur) 151,5 Mio € ausgereicht hätte, um per 31.12.2013 das Comprehensive Assessment zu bestehen, insbesondere die geforderte CET1-Kapitalquote im Baseline Szenario von 8% zu erreichen.

Dass die Dotierungen im Hinblick auf die Teilnahme der Beklagten am EZB-Stresstest zum 210
31.12.2013 nach der maßgeblichen vernünftigen kaufmännischen Beurteilung der Beklagten dennoch nicht notwendig gewesen sein sollen, haben die Klägerinnen nicht darzulegen vermocht. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, sind die Klägerinnen diejenigen, die die Beklagte auf Rückzahlung in Anspruch nehmen und geltend machen, die Beklagte hätte ihre Rückzahlungsansprüche nach einer früheren Verlustteilnahme zu ihren Gunsten wieder auffüllen müssen. Nach allgemeinen Regeln sind sie – und nicht die Beklagte – damit darlegungs- und beweisbelastet für die von ihnen behauptete fehlerhafte Bilanzierung der Beklagten, d.h. für die Nichteinhaltung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm. Entgegen der Auffassung der Berufung handelt es sich bei § 340 g HGB nicht um eine „rechtsvernichtende“ Norm, deren Eingreifen die Beklagte darzulegen und zu beweisen hätte.

(dd)

211

Entgegen der Auffassung der Berufung hat das Landgericht des Weiteren zutreffend angenommen, dass auch die Dotierungen des Sonderpostens nach § 340 g 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. Nicht gerechtfertigt ist insbesondere der Vorwurf der Klägerinnen, das Landgericht habe ohne kritische Überprüfung Schutzbehauptungen der Beklagten übernommen, als es ohne Beweis zu erheben von sich absehbar weiter verschärfenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen ausgegangen sei. Denn die Klägerinnen sind 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 entgegengetreten, sondern haben lediglich geltend gemacht, die Dotierung sei nicht zur nachhaltigen Erfüllung der gesetzlichen CET 1-Mindestquoten „notwendig“ gewesen.

Die landgerichtlichen Ausführungen sind auch nicht widersprüchlich. So hat das Landgericht das Verhalten der Beklagten auch in seinen nachfolgenden Ausführungen nicht mit veränderten Gegebenheiten, etwa gesunkenen aufsichtsrechtlichen Eigenkapitalanforderungen gerechtfertigt, sondern - was sich bei einer vollständigen Wiedergabe der landgerichtlichen Ausführungen erhellt - zutreffend ausgeführt, dass aus den Prognosen und veröffentlichten Planungen der Beklagten nicht zwingend auf eine Benachteiligungsabsicht gegenüber den Genussrechtsinhabern geschlossen werden könne, weil es sich hierbei um pflichtgemäß zu erstellende Planungen bzw. Prognosen handle, die „ggfs.“ veränderten Gegebenheiten - etwa gesunkenen aufsichtsrechtlichen Eigenkapitalanforderungen - angepasst werden müssten. Dass das Landgericht davon ausgegangen ist, die aufsichtsrechtlichen Eigenkapitalanforderungen seien tatsächlich gesunken, lässt sich diesen Ausführungen gerade nicht entnehmen. Auch der von der Berufung hervorgehobene Umstand, dass die vom Landgericht erwähnte erheblich reduzierte Stärkung des aufsichtsrechtlichen Eigenkapitals allein darauf zurückzuführen sei, dass der Jahresüberschuss vor Dotierung der § 340g HGB-Reserve deutlich niedriger gewesen sei, lässt die Dotierung nicht unangemessen erscheinen.

(ee)

214

Gegen die Notwendigkeit der konkret vorgenommenen Dotierung kann auch nicht mit Erfolg eingewandt werden, es habe gleichermaßen geeignete Alternativen zur Stärkung des Eigenkapitals gegeben. Denn - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - unterliegt es grundsätzlich insoweit nicht überprüfbarer unternehmerischer Entscheidungsbefugnis und -freiheit der Beklagten, welche der alternativ überhaupt möglichen Methoden der Eigenkapitalbeschaffung sie ergreift, zumal die von den Klägerinnen behaupteten Alternativen in der Kürze der Zeit gar nicht durchführbar gewesen wären, wie die Beklagte bereits erstinstanzlich dargelegt hat. 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. Denn dies würde den Vorstand in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit über Gebühr einschränken (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.1992- II ZR 172/91, juris Rn. 49).

(ff)

216

Entgegen der Auffassung der Berufung 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 § 340g 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 Ermessens Fehlgebrauchs. Nichts anderes lässt sich auch aus einer im Vergleich zu den Aktionären vermeintlichen Schutzbedürftigkeit gerade der Genussscheininhaber herleiten. Denn diese sowie die dem Genussscheininhaber 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 können (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 § 340g HGB.

b.) Kein Schadensersatzanspruch 218

Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass die Beklagte der Klägerin hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...19 auch keinen Schadensersatz in Höhe des Nennbetrages schuldet. Denn die Klägerinnen haben die Voraussetzungen, unter denen vorliegend gemäß § 280 Abs. 1 BGB eine Schadensersatzverpflichtung in Betracht kommt, nicht hinreichend darzulegen vermocht. So vermag der Senat auch unter Berücksichtigung der von den Klägerinnen in der Berufungsinstanz wiederholten und vertieften Argumente nicht festzustellen, dass die Dotierung des Sonderpostens nach § 340g HGB durch den Vorstand der Beklagten rechtsmissbräuchlich war bzw. gezielt den Interessen der Genussscheininhaber zuwiderlief. 219

Entgegen des Berufungsangriffs hat das Landgericht weder einen Rechtsmissbrauchs begriff zugrunde gelegt, der nicht dem der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entspricht, noch verkannt, dass das Verhalten der Beklagten objektiv zu einer Beeinträchtigung der Genussrechtsinhaber geführt hat und jedenfalls gewisse beachtliche Indizien einen Missbrauchsverdacht in Betracht zu ziehen geeignet sind, die es dann jedoch sowohl bei einer Einzelbetrachtung als auch in der Gesamtschau für nicht ausreichend erachtet hat, um sich die für eine Verurteilung der Beklagten erforderliche Gewissheit vom Vorliegen eines gezielt den Interessen der Genussscheininhaber zuwider laufenden Verhaltens zu verschaffen. 220

aa.) 221

Das Landgericht hat sich bei seiner Beurteilung an die einschlägigen höchstrichterlichen Vorgaben gehalten, nach denen eine Schadensersatzpflicht von Genussrechtsinhabern 222

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.

So hat der Bundesgerichtshof in der grundlegenden, von beiden Parteien in Bezug
genommenen Klöckner-Entscheidung vom 05.10.1992 (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).

Soweit die Berufung erstmals mit Schriftsatz vom 26.02.2020 geltend macht, die vom BGH in
der Entscheidung vom 14.06.2016 entwickelten Grundsätze seien auf die
streitgegenständlichen Genussrechte nicht anwendbar, weil der BGH sich mit seinen
Ausführungen nur auf Genussrechte bezogen habe, bei denen Anknüpfungspunkt für die
Ansprüche der Genussscheininhaber der Bilanzgewinn gewesen sei und die
Genussrechtsgläubiger die zulässige Ausübung von Gestaltungsspielräumen bei der
Aufstellung des Jahresabschlusses wie auch bei der Vornahme des

Gewinnverwendungsbeschlusses nur deshalb hinzunehmen hätten, weil hierdurch eine Verknüpfung der Rechtsstellung der Genussscheininhaber mit der Rechtsstellung der Aktionäre erfolgt sei, überzeugt diese Einschränkung nicht. Auch wenn der BGH aufgrund der dortigen zur Beurteilung anstehenden Bedingungen ausdrücklich nur die Anknüpfung an den Bilanzverlust zu entscheiden hatte, ist nicht erkennbar, dass er einen Unterschied bei der Bindung an die Entscheidungen im Rahmen der Gewinnermittlung oder der Gewinnverwendung gemacht hat, so dass es auch keinen Unterschied macht, ob in den Genussscheinbedingungen an den Jahresüberschuss (Gewinnermittlung) oder den Bilanzverlust/Bilanzgewinn (Gewinnverwendung) angeknüpft wird (vgl. auch Habersack in: Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2016, Rn. 283 mwN). Entgegen der Auffassung der Klägerinnen hat die Ausübung von Bilanzierungswahlrechten im Rahmen der Gewinnermittlung sowohl bei der Anknüpfung an den Jahresüberschuss als auch an den Bilanzgewinn Auswirkungen auf die Ansprüche der Genussscheininhaber. Wenn etwa – wie die Beklagte zu Recht geltend macht – aufgrund einer Wertberichtigung, der Bildung von Rückstellungen oder der Dotierung des Sonderpostens kein Jahresüberschuss ausgewiesen wird, gibt es keinen solchen und damit in der Regel auch keinen Bilanzgewinn, so dass die Genussscheininhaber in beiden Fällen direkt von der Ausübung der Bilanzierungswahlrechte auf Ebene der Gewinnermittlung betroffen sind. Wenn in Einzelfällen dann doch noch ein Bilanzgewinn ausgewiesen werden kann, ist dies für die Genussscheininhaber von Vorteil, dieser Vorteil wäre aber bei Vorliegen eines Jahresüberschusses noch höher, so dass auf jeden Fall aufgrund der Bilanzierungsentscheidung bei der Gewinnermittlung ein die Genussscheininhaber betreffender Effekt eintritt. Letztlich ist auch insoweit kein Unterschied zwischen der Anknüpfung an den Jahresüberschuss oder an den Bilanzgewinn erkennbar, als in beiden Fällen die Genussscheininhaber vereinbart haben, dass ihre Ansprüche von dem Eintritt bestimmter Bedingungen im Jahresabschluss des Emittenten abhängen, womit sie ihre Ansprüche von diesem abhängig gemacht haben.

Nicht zutreffend ist daher auch die Schlussfolgerung der Berufung, bei der Anknüpfung in den 225 Genussscheinbedingungen an den Jahresüberschuss läge eine zum Schadensersatz verpflichtende Verletzung von Rücksichtnahmepflichten schon dann vor, wenn der Beklagten vorgeworfen werden könne, nicht alles getan zu haben, was „zur Herbeiführung des Leistungserfolges“ führe oder nicht alles unterlassen zu haben, „was den Leistungserfolg“ vereitere. Soweit sich die Klägerinnen für ihre Auffassung auf höchstrichterliche Rechtsprechung berufen, betrifft diese – wie die Beklagte zu Recht geltend macht – schon keine Fallgestaltungen im Zusammenhang mit vertraglichen Regelungen von Genussscheinen (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2015 - X ZR 126/14: Luftbeförderungsvertrag; BGH, Urteile vom 16.01.2009 – V ZR 133/08 und vom 19.01.2018 – V ZR 273/16: Grundstückskaufverträge). Die Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze würde vorliegend zudem dazu führen, dass bei der Anknüpfung der Genussscheinbedingungen an den Jahresüberschuss die Bilanz immer im Interesse der Genussscheininhaber aufgestellt werden und die Beklagte sämtliche unternehmerischen Entscheidungen, insbesondere auch die Ausübung von Bilanzierungswahlrechten, zwingend zu Gunsten der Genussscheininhaber treffen müsste, um sich nicht schadensersatzpflichtig zu machen. Dies aber stünde den von der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen eindeutig entgegen.

bb.)

226

Danach setzt eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten voraus, dass die eingetretene 227 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 den Klägerinnen 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) 228

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). Soweit das Landgericht diese Voraussetzungen im Hinblick auf das in ihnen liegende überschießende subjektive Element als subjektive Voraussetzungen bezeichnet hat, war damit ganz offensichtlich und zu Recht kein subjektives Verschuldenselement gemeint, für welches die Klägerin die Vermutungswirkung aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB in Anspruch nehmen könnte.

(2) 230

Ein gezieltes oder rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Vorstandes der Beklagten gegen die Genussscheininhaber ist nicht feststellbar, wie bereits das Landgericht unter umfassender Würdigung der von den Klägerinnen vorgebrachten Indizien rechtsfehlerfrei festgestellt hat. Weitergehende vom Landgericht nicht oder nicht zutreffend berücksichtigte Umstände, die ein hiervon abweichendes Ergebnis begründen könnten, ist dem Vorbringen der Klägerinnen nicht zu entnehmen. Soweit sie dem Landgericht vorhalten, die von ihnen zusammengetragenen Indizien ohne vorherige Durchführung einer Beweisaufnahme für nicht ausreichend erachtet zu haben, verkennen sie, dass nicht die der Würdigung des Landgerichts zugrunde liegenden relevanten Tatsachen, sondern lediglich deren Bewertung zwischen den Parteien streitig ist.

(3) 232

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 mit 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 zunächst bestimmten 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 Stresstest, sondern auch hinsichtlich der zukünftigen aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Eigenmittel der Beklagten bestanden, wie das Landgericht zutreffend festgehalten hat.

(4) 234

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. 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, die Bank habe den Sonderposten dotiert, statt Ausschüttungen an die Genussscheininhaber zu leisten, geht für dieses Geschäftsjahr daher fehl.

(5) 236

Gegen eine gezielte Benachteiligung gerade der Interessen der Genussscheininhaber spricht ferner, dass der Vorstand ausweislich der von der Beklagten in Bezug genommenen Ausführungen im Geschäftsbericht 2007/2008, S. 49 f., und auch im Folgenden offensichtlich 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 G. 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) 238

Zu Unrecht werfen die Klägerinnen dem Landgericht auch vor, es habe die „180 Grad-Wende“ der Beklagten beim Vortrag zur Notwendigkeit der Dotierung in Höhe von insgesamt 403 Mio € nicht ausreichend zu Lasten der Beklagten gewürdigt und insoweit ihr rechtliches Gehör verletzt. Unabhängig davon, dass die Korrektur bzw. Präzisierung ihres Vorbringens wohl kaum als 180 Grad-Wende bezeichnet werden kann, hat das Landgericht umfassend und zutreffend zwischen der Dotierung zum 31.12.2013 und 31.03.2014 differenziert und sich mit dem Vortrag der Beklagten zu den Hintergründen der Dotierung zum 31.03.2014 beschäftigt.

(7) 240

Soweit die Klägerinnen erstmals in der Berufungsinstanz geltend machen, der Umstand, dass die Beklagte den Sonderposten auch nach erfolgter Umstrukturierung nicht aufgelöst habe,

spreche ebenfalls für ihre Benachteiligungsabsicht, gelten insoweit die vorstehenden Ausführungen, wonach es im unternehmerischen Ermessen liegt, ob und zu welchen Zwecken eine Auflösung des Vorsorgefonds erfolgt.

c.) Kein Anspruch auf Ausschüttungen gem. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 GB 119 242

Der Klägerin zu 1 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. Entgegen der Auffassung der Berufung hat es bei seinem Verständnis der Genussscheinbedingungen weder Auslegungsgrundsätze fehlerhaft, noch die Unklarheitenregel zu Unrecht nicht zur Anwendung gebracht.

aa.) 244

Gem. § 2 Abs. 1 S. 2 GB 119 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 ...19 im handelsbilanziellen Sinne - allerdings vor Bedienung der Ausschüttungen an die Genussscheininhaber - zu verstehen ist und der Bilanzverlust auch jeweils „durch die Ausschüttung“ entstehen würde. Dies ist das eindeutige Ergebnis einer Auslegung der Regelung unter Berücksichtigung sämtlicher Auslegungsmethoden, so dass kein Raum für die Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB ist.

bb.) 246

Entgegen der Auffassung der Berufung kann die Klausel nicht einschränkend auch dahingehend verstanden werden, dass die Begrenzung nur dann eintritt und der Ausschüttungsanspruch nur dann entfällt, wenn durch die Ausschüttung ein Bilanzverlust erstmals neu entsteht.

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 Verlustvträge – 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.

Dabei hat das Landgericht nicht, wie von der Berufung geltend gemacht, einen unzutreffenden Grundsatz aufgestellt, wonach eine Auslegung bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen habe oder eine gesetzliche Pflicht angenommen, die Kriterien des § 10 Abs. 5 KWG a.F. einzuhalten. Entgegen der Berufungsangriffe hat das Landgericht vielmehr 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 erkennbar, dass die hierfür notwendigen Voraussetzungen in den Genussscheinbedingungen geschaffen und deren Einhaltung durch § 9 der Bedingungen 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 hieraus auch 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.)

Dabei ist es entgegen der Auffassung der Berufung 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. 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 vorhanden 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 - 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 allein hierauf kommt es an – hat die Beklagte in den vorliegend streitgegenständlichen Jahren unstreitig zu keinem Zeitpunkt einen Jahresüberschuss ausgewiesen.

Zutreffend hat das Landgericht schließlich das im Wege systematischer Auslegung gewonnene Ergebnis dadurch gestützt gesehen, dass anderenfalls, d.h. bei einem am Wortlaut („entstehen“) haftenden Verständnis mit der Beschränkung auf einen durch Ausschüttungen neu entstehenden Bilanzverlust, widersinnige Ergebnisse zu Stande kämen, wenn beispielsweise bei einem Bilanzgewinn in Höhe von 1 Euro (vor Ausschüttungen an die Genussrechtsinhaber) dieser Betrag lediglich anteilig an alle ausschüttungsberechtigten Genussscheininhaber aufgeteilt wird und andererseits bei einem Bilanzverlust in Höhe von einem Euro (vor Ausschüttungen an die Genussrechtsinhaber) alle Genussscheininhaber Ausschüttungen in voller Höhe erhalten würden.

dd.) 254

Im Hinblick auf dieses vom Senat geteilte klare Auslegungsergebnis des Landgerichtes kommt eine Anwendung der Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB nicht in Betracht. Denn diese greift - wie bereits ausgeführt - erst dann ein, wenn die objektive Auslegung der Genussscheinbedingungen nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt (BGH, Urteil vom 17.02.2011 - XI ZR 35/10, juris Rn. 10), wobei Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend und daher nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind, außer Betracht zu bleiben haben. Darauf, ob eine bestimmte Auslegung nicht „von vornherein“ unvertretbar erscheint, wie die Klägerinnen meinen, kommt es dagegen nicht an. 255

2. Keine Zahlungsansprüche der Klägerin zu 1 hinsichtlich der Genussscheine mit den WKN ...79 und ...80 („Altemissionen“, Klageanträge zu 2 und 3) 256

Zu Recht hat das Landgericht unter weitgehender Verweisung auf die Ausführungen zu den 2015er Genussscheinen (WKN ...19) einen Anspruch der Klägerin zu 1 auf die geltend gemachten Rückzahlungsansprüche gegen die Beklagte auch hinsichtlich der Genussscheine mit den WKN ...79 und ...80 verneint. Zwar knüpfen die Genussscheinbedingungen der sog. Altemissionen in § 4 Abs. 1 nicht an den Bilanzverlust, sondern an den Jahresfehlbetrag an. Dass die Beklagte dies bei ihren Berechnungen nicht berücksichtigt hätte, machen die Klägerinnen aber nicht geltend. Im Übrigen hat das Landgericht zu Recht auf das zu den 2015er-Genussscheinbedingungen erlangte Auslegungsergebnis verwiesen. 257

Insbesondere ist auch die Berechnung der Verlustteilnahme nach § 4 Abs. 1 der Genussscheinbedingungen zu den Genussscheinen mit den WKN ...79 und ...80 nicht zu beanstanden, weil der im Nenner der Berechnungsformel zu berücksichtigende 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 umfasst. 258

3. Keine Zahlungsansprüche der Klägerin zu 2 hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...19 (2015er-Genussscheine, Anträge zu 4, Hilfsanträge zu 7.2. und 8.2.) 259

Auch der Klägerin zu 2 stehen hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...19 – ungeachtet der vom Landgericht angenommenen Aktivlegitimation – keine von ihr geltend gemachten Rückzahlungsansprüche und auch keine Ansprüche auf Ausschüttungen zu, wie das Landgericht dies zutreffend unter Verweisung auf seine vorstehenden Ausführungen angenommen hat. Es besteht daher auch für den Senat keine Veranlassung für weitergehende Ausführungen. 260

4.	Keine Zahlungsansprüche der Klägerin zu 2 hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...42 (2017er-Genussscheine, Antrag zu 5, Hilfsanträge zu 9)	261
	Der Klägerin zu 2 stehen gegen die Beklagte auch keine Ansprüche hinsichtlich der von ihr gehaltenen Genussscheine mit der WKN ...42 (2017er Genussscheine) zu.	262
a.)	Berechnung der Verlustteilnahme	263
	Das Landgericht ist im Wege der Auslegung der Genussscheinbedingungen zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte bei der Ermittlung der Verlustteilnahme der 2017er-Genussscheine die Verlustvorträge aus den Vorjahren aufgrund der Regelung in § 4 Abs. 1 S. 3 der GB ...42 („Verlustvorträge bleiben hierbei außer Betracht“) bei Anwendung der Verlustteilnahmeformel zu Recht nur im Zähler - d.h. beim Bilanzverlust - nicht berücksichtigt, also herausgerechnet, und im Nenner alleine auf das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital“ abgestellt hat.	264
	Die Berechnungsformel lässt sich daher wie folgt darstellen:	265
	Rückzahlungsanspruch nach Verlustbeteiligung in % =	266
	Rückzahlungsanspruch vor Verlustbeteiligung in % x (1 – Bilanzverlust (ohne Verlustvortrag) : in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital, einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne nachrangige Verbindlichkeiten).	267
	Nichts hiervon Abweichendes ergibt sich entgegen der Auffassung der Berufung aus Wortlaut, Systematik oder Sinn und Zweck der Verlustteilnahmeregelung.	268
aa.)		269
	§ 4 Abs. 1 S. 1 der 2017er-Genussscheinbedingungen (WKN ...42) sieht vor, dass die Genussscheininhaber an einem etwaigen Verlust (Bilanzverlust) in voller Höhe durch Verminderung ihrer Rückzahlungsansprüche, und zwar im Verhältnis der Rückzahlungsansprüche zu dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten), teilnehmen, regelt daher die Verlustteilnahme. § 4 Abs. 1 S. 2 der Bedingungen betrifft hingegen den Fall der Kapitalherabsetzung. Gemäß § 4 Abs. 1 S. 3 der Genussscheinbedingungen ...42 bleiben Verlustvorträge aus den Vorjahren „hierbei“ außer Betracht. Hierdurch wird - wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat und zwischen den Parteien auch unstreitig ist - zum Ausdruck gebracht, dass die Verlustvorträge aus den Vorjahren sowohl im Rahmen der Verlustzuweisung als auch bei der Kapitalherabsetzung nicht zu berücksichtigen sind. Satz 3 schränkt damit den Umfang der Verlustzuweisung ein.	270
	Dem Wortlaut von § 4 Abs. 1 S. 3 der Genussscheinbedingungen, insbesondere der verwendeten Formulierung „hierbei“, ist dagegen nicht zu entnehmen, dass auch die für die Berechnung der Verlustzuweisung als Bemessungsgrundlage herangezogene Rechenposition des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals um Verlustvorträge aus den Vorjahren zu bereinigen ist.	271
bb.)		272
	Die Formulierung „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital“ ist – wie bereits ausgeführt – im handelsbilanziellen Sinne zu verstehen. Welche Positionen damit unter den Begriff fallen, ergibt sich aus den handelsrechtlichen Vorschriften und der für Banken geltenden Vorgaben	273

der RechKredV. Während Verlustvorträge gemäß § 158 Abs. 1 Nr. 1 AktG grundsätzlich ein Teil des Bilanzverlustes sind, sind sie dagegen schon nach der für Banken anwendbaren RechKredV kein Gliederungspunkt des Eigenkapitals. Ein von den Klägerinnen gewünschtes „Herausrechnen“ der Verlustvorträge des Vorjahres aus dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital würde daher quasi zu einer „virtuellen Erhöhung“ des Eigenkapitals um die Verlustvorträge führen.

So hat auch das Landgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass die Formulierung „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital“ in § 4 Abs. 1 S. 1 GB ...42 auf Z. 12 (nicht 11, wie vom Landgericht offensichtlich irrtümlich bezeichnet) Formblatt 1 der RechKredV Bezug nimmt. Während in der Herleitung des Begriffs „Bilanzverlust“ in der Gewinn- und Verlustrechnung der Verlustvortrag aus dem Vorjahr ausdrücklich in Z. 28 erwähnt ist, sind Verlustvorträge aus dem Vorjahr in der Herleitung des Begriffs „Eigenkapital“ im Formblatt 1 der RechKredV nicht ausgewiesener Teil des Eigenkapitals. Dem steht nicht entgegen, dass Verlustvorträge letztlich, wie auch andere Positionen, in die Höhe des Eigenkapitals einfließen und diese rechnerisch beeinflussen. Zu Recht hat das Landgericht darauf abgestellt, dass es schon von daher fernliegend sei, Verlustvorträge aus dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital „herauszurechnen“, sondern auch systematisch naheliegend ist, die Formulierung hierbei auf den Bilanzverlust zu beziehen, da § 4 Abs. 1 S. 3 der 2017er-Genussscheinbedingungen eine Regelung über Verlustvorträge treffe, und die Überleitungsrechnung in § 158 Abs. 1 Nr. 1 AktG die Verlustvorträge in Beziehung zum Bilanzverlust, nicht aber zu dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital setze.

cc.) 275

Nicht überzeugend ist hingegen das Argument der Berufung, das Landgericht habe übersehen, dass in Z. 12 Formblatt 1 der RechKredV der Bilanzverlust ebenfalls als Gliederungspunkt aufgeführt ist und dass das zur Verlustbeteiligung heranzuziehende Eigenkapital im Nenner in einer Überleitungsrechnung aus der letztjährigen Bilanz zu ermitteln sei. Dass der Bilanzverlust ebenfalls als Gliederungspunkt aufgeführt ist, ist zwar zutreffend. Aufgeführt ist jedoch der gesamte Bilanzverlust, während die Verlustvorträge im Rahmen des Eigenkapitals für sich betrachtet nicht von Bedeutung und auch nicht ausgewiesen sind, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat. Die von der Klägerin zu 2 geforderte Berechnung der Verlustteilnahme unter Einbeziehung einer zunächst im Wege eines Zwischenschrittes erfolgenden Berechnung eines „virtuellen Eigenkapitals“ unter Herausrechnung sämtlicher Verlustvorträge der Vorjahre widerspricht zudem dem Sinn und Zweck der Regelung, eine transparente Verlustteilnahmeregelung zu ermöglichen. Bei der Nichtberücksichtigung der Verlustvorträge im Rahmen des zu verteilenden Bilanzverlustes hingegen handelt es sich um eine jedes Jahr neu anfallende Berechnung, bei der anhand des relevanten Jahresabschlusses bei einer eingetretenen Verlustbeteiligung die Berechnung nachvollzogen werden kann.

dd.) 277

Die Auslegung des Landgerichts entspricht zudem der einschlägigen BGH-Rechtsprechung (Urteil vom 29.04.2014 - II ZR 395/12, juris), wobei die dem BGH zur Beurteilung vorgelegte Klausel hinsichtlich der Vorgaben zur Nichtberücksichtigung der Verlustvorträge wortlautidentisch mit der vorliegend zu beurteilenden Klausel war („Verlustvorträge aus den Vorjahren bleiben hierbei außer Betracht“), während bei der Formel zur Verlustteilnahmeberechnung sogar lediglich auf das Eigenkapital und nicht - wie vorliegend - auf das „in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital“ verwiesen wurde, was vorliegend eine noch eindeutigere Auslegung ermöglicht.

ee.)		279
Zu Recht hat das Landgericht nach alledem auch die Unklarheitenregelung, § 305c Abs. 2 BGB, nicht zur Anwendung gebracht. Nach Ausschöpfung aller Auslegungsmöglichkeiten ist das klägerische Verständnis fernliegend.		280
b.)	Keine Berücksichtigung des Sonderpostens im Eigenkapital	281
Zu Recht und von der Berufung unangegriffen hat das Landgericht auch hinsichtlich des Verständnisses des Rechenpostens „in der Bilanz ausgewiesenes Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten)“ in § 4 Abs. 1 S. 1 der Genussscheinbedingungen WKN ...42 auf die Auslegung der 2015er-Genussscheinbedingungen (WKN ...19) verwiesen und klargestellt, dass auch der Inhalt des zu den 2017er-Genussscheinen veröffentlichten Prospektes (Anlage K 62) bei der Darstellung des Einzelabschlusses (Seite 18 unter 6.2 mit Fußnote drei) zu keiner anderen Beurteilung führt. Soweit es dort heißt „Eigenkapital inklusive Fonds für allgemeine Bankrisiken“, steht diese Angabe in einem anderen Zusammenhang und bezieht sich weder auf die Ermittlung des Bilanzverlustes noch auf die Berechnung der Verlustteilnahme. Auf Seite 20 des Prospektes wird für die Berechnung der Verlustteilnahme zutreffend auf die Bedingungen und nicht auf die Darstellung auf Seite 18 verwiesen, wie das Landgericht zu Recht hervorgehoben hat.		282
5.	Keine Zahlungsansprüche der Klägerin zu 2 hinsichtlich der Genussscheine mit der WKN ...56 (2017er-Genussscheine, Antrag zu 6, Hilfsanträge zu 10)	283
Auch hinsichtlich der Ansprüche der Klägerin zu 2 im Zusammenhang mit den von ihr gehaltenen Genussscheinen mit der WKN ...56 hat das Landgericht zu Recht - und ohne dass dies mit der Berufung angegriffen wird - auf die Ausführungen zu den Genussscheinen mit der WKN ...19 sowie ergänzend auf die Ausführungen zu den Genussscheinen mit der WKN ...42 verwiesen. Unstreitig führt die Stückelung zu je 50.000 € jedenfalls nicht zu einem für die Klägerin zu 2 günstigeren Auslegungsmaßstab. § 2 Abs. 2 S. 1 der Genussscheinbedingungen zu den Genussscheinen mit der WKN ...56 stellt zudem ausdrücklich klar, dass Ausschüttungen auch dann ausgeschlossen sind, wenn durch sie ein bestehender Bilanzverlust erhöht wird. Soweit die Klägerin zu 2 sich auch insoweit gegen die Auslegung des Landgerichtes wehrt und erneut geltend macht, dass dann, wenn und soweit - wie vorliegend in den Geschäftsjahren 2013/2014 bis 2015/2016 - ein vor der freiwilligen Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken gemäß § 340g Abs. 1 HGB ausreichender Gewinn vorliege, der aufgrund von Verlustvorträgen fortbestehende Bilanzverlust nicht „durch“ die Kuponnachzahlung „erhöht“ werde, kann auf obige Ausführungen verwiesen werden. Insoweit kommt es für die Auslegung gerade nicht darauf an, wie gezahlte Zinsaufwendungen (Ausschüttungen) zu verbuchen sind, sondern darauf, ob sie gemäß § 2 der Genussscheinbedingungen überhaupt bestehen. Auf eine Gewinnermittlungs- und Gewinnverwendungsreihenfolge der RechKredV kommt es daher nach den Bedingungen ebenfalls nicht an. Fehl geht daher auch die Auffassung der Klägerin zu 2, dass nur soweit die Kuponnachzahlungen den Gewinn vor der freiwilligen Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken übersteigen würden, der Bilanzverlust durch deren Zahlung erhöht würde und bis zu dieser Grenze die ausgefallenen Ausschüttungen anteilig nachzuzahlen seien.		284
6.	Keine Auskunftsansprüche (Antrag zu 19)	285
Zutreffend und widerspruchsfrei hat das Landgericht auch einen von den Klägerinnen geltend gemachten Anspruch auf Auskunft über die in den Geschäftsjahren 2007/2008 bis 2016/2017		286

Soweit die Klägerinnen unter Berufung auf die auch vom Landgericht herangezogene BGH-Entscheidung vom 31.03.1971 (VIII ZR 198/69, juris Rn. 10) geltend machen, einen aus § 242 BGB abgeleiteten Anspruch auf Vorlage von Belegen komme zwar nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht, solche seien jedoch vorliegend gegeben, weil dies insbesondere dann der Fall sei, wenn die Erteilung einer Auskunft der Sache nach nicht geeignet ist, dem Berechtigten die erforderliche Klarheit zu verschaffen, was vorliegend der Fall sei, verkennen sie, dass der Bundesgerichtshof in der von ihnen zitierten Entscheidung hat dahinstehen lassen, ob diese besonderen Voraussetzungen vorliegen, weil ein aus § 242 BGB hergeleiteter Vorlageanspruch jedenfalls für denjenigen nicht besteht, der sich erst Unterlagen für seine Rechtsverfolgung beschaffen will und sich daher nicht auf schutzwürdige Interessen berufen kann. Dies gilt nach Auffassung des BGH insbesondere dann, wenn die Urkundeneinsicht den Zweck verfolgt, den an sich darlegungs- und beweispflichtigen Vorlegungsersucher in die Lage zu versetzen, einen Schadensersatzanspruch gegen den Urkundenbesitzer vorzubereiten und mit Erfolg geltend zu machen (vgl. BGH aaO, juris Rn.11). Zu Recht hat das Landgericht ausgeführt, dass auch die Klägerinnen mit ihrem Antrag letztlich erstreben, Dokumente aufzufinden, die die Richtigkeit der von der Beklagten im Rechtsstreit erteilten Auskünfte widerlegen bzw. Anhaltspunkte für die von den Klägerinnen vermutete rechtsmissbräuchliche Dotierung des Sonderpostens - insbesondere im Hinblick auf die damit verbundenen Absichten der handelnden Personen - aufzeigen könnten. Das Landgericht hat daher unter Bezugnahme auf die auch von den Klägerinnen herangezogene höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH aaO., juris Rn.11 mwN) das klägerische Begehren auf Vorlage der Urkunden zutreffend für einen unzulässigen Ausforschungsbeweis gehalten, weil niemand verpflichtet ist, dem Gegner Beweismittel zu verschaffen. Ebenso wenig zu beanstanden ist, dass das Landgericht im Rahmen der nach Treu und Glauben stets vorzunehmenden Interessenabwägung auch berücksichtigt hat, dass den Klägerinnen zum Beweis für konkrete, von ihnen aufgestellte Behauptungen auch unmittelbare Beweismittel - in Form der Zeugen- oder Parteivernehmung - zur Verfügung stünden, sie also nicht gänzlich schutzlos gestellt sind. In die gebotene Interessenabwägung ist auch einzubeziehen, dass die Beklagte erstinstanzlich im Einzelnen dargelegt hat, wann, in welchem Umfang und warum der Fonds für allgemeine Bankrisiken gemäß § 340g HGB dotiert worden ist, ohne dass dieses tatsächliche Vorbringen von den Klägerinnen im Einzelnen substantiiert in Abrede gestellt worden wäre. In dieser prozessualen Situation aber kann den Klägerinnen nicht die Vorlage von Unterlagen zugebilligt werden, mit denen sie (nachträglich) bis dato unstreitiges Tatsachenvorbringen erstmalig substantiiert in Abrede stellen könnten.

cc.)

295

Entgegen der Auffassung der Klägerinnen hat das Landgericht auch nicht verkannt, dass der von ihnen geltend gemachte Auskunftsanspruch mit einem rechtsmissbräuchlichen oder sonst den Interessen der Genussscheininhaber zuwiderlaufenden Verhalten der Beklagten begründet werden könnte. Wie vorstehend dargelegt, hat das Landgericht ein solches Verhalten der Beklagten aber gerade nicht festgestellt. Die Ausführungen des Landgerichts hierzu sind auch nicht widersprüchlich, wenn es im Rahmen des von ihm geprüften Schadensersatzanspruches ausführt erkannt zu haben, dass die Klägerinnen Indizien vorgetragen hätten, die einen Missbrauchsverdacht in Betracht ziehen ließen. Denn das Landgericht hat – nach einer sorgfältigen Abwägung unter Berücksichtigung sämtlicher von den Klägerinnen vorgetragener, für die Entscheidung relevanter Indizien – weder bei einer Einzelbetrachtung noch bei einer Gesamtbetrachtung der Indizien sich davon zu überzeugen vermocht, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten vorgelegen hat.

297

7. Feststellung der Nichtigkeit der Jahresabschlüsse (Hilfsanträge zu 14)	
Es besteht keine Veranlassung für den Senat, über die auf die Feststellung der Nichtigkeit der festgestellten Jahresabschlüsse der Beklagten für die Geschäftsjahre 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 gerichteten Hilfsanträge zu 14 zu befinden, weil die innerprozessuale Bedingung, dass die festgestellten Jahresabschlüsse gegenüber den Klägerinnen Bindungswirkung entfalten oder deren mit der Klage geltend gemachten Ansprüche hemmen oder ausschließen, nicht erfüllt ist.	298
8. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten, Verzinsung von Gerichtskosten (Anträge zu 11 bis 13)	299
	300
Ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten und die Verzinsung verauslagter Gerichtskosten besteht mangels begründeter Hauptforderungen nicht.	301
III.	302
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 100 Abs. 1, 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.	303
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.	304
<u>Streitwert: 21.798.540,10 €</u>	305
<u>Am 05.01.2021 erging nachfolgender Berichtigungsbeschluss:</u>	306
I.	307
Das am 24. September 2020 verkündete Urteil wird wegen offenkundiger Schreib- bzw. Rechenfehler gem. § 319 ZPO wie folgt berichtigt:	308
1.	309
Auf Seite 9 des Urteils ist in dem Satz beginnend in Zeile 24:	310
„Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut des § 4 Abs.1 GB ...19.... “	311
die Wertpapierkennnummer zu berichtigen, so dass der Satzteil wie folgt lautet:	312
„Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut des § 4 Abs.1 GB ...19.... “.	313
2.	314
Auf Seite 21 des Urteils ist in dem Satz beginnend in Zeile 25:	315
„Unklarheiten entstünden bei der vom Landgericht vorgenommenen Auslegung auch im Hinblick auf § 4 S. 2 GB,.... “	316
	317

der Verweis auf den Wiederauffüllungsanspruch in den Genussscheinbedingungen zu berichtigen, so dass er wie folgt lautet:

„Unklarheiten entstünden bei der vom Landgericht vorgenommenen Auslegung auch im Hinblick auf **§ 4 Abs. 2 GB**,....“ 318

3. 319

Auf Seite 59 des Urteils ist der Satz beginnend in Zeile 14: 320

„Denn **die ältesten streitgegenständlichen Genussscheine wurden im Jahre 1997 und damit 5 Jahre** nach Inkrafttreten der RechKredV am 10.02.1992 emittiert...“ 321

hinsichtlich der von Seite 3 des Urteils offensichtlich fälschlich übernommenen Daten zu berichtigen, so dass er wie folgt lautet: 322

„Denn **die ältesten streitgegenständlichen Genussscheine wurden im Jahre 2001 und damit 9 Jahre** nach Inkrafttreten der RechKredV am 10.02.1992 emittiert...“ 323

II. 324

Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 09. Oktober 2020 unter Ziffer 1. eine weitergehende Berichtigung des Tatbestandes gem. §§ 319, 320 ZPO wegen offensichtlicher Unrichtigkeiten beantragt hat, kommt eine solche nicht in Betracht. Bei der Darstellung auf Seite 9 des Urteils beginnend in Zeile 4 *„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 18 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 18 unter (cc), die der Senat in seine Entscheidung auf Seite 9 oben ebenfalls wörtlich übernommen hat. 325