

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 2. Halbjahr 2019

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Peter Rädler, LL.M. (Cantab), Karlsruhe und Rechtsanwältin Dr. Katja Lembach,
Karlsruhe

Nachstehend haben wir für Sie die im 2. Halbjahr 2019 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst¹. Berücksichtigt sind die bis zum 19. Januar 2020 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 2. Halbjahr 2019 werden in die nachfolgende Rechtsprechungsübersicht aufgenommen.

Die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung orientiert sich an den in § 14I FAO aufgeführten bank- und kapitalmarktrechtlichen Schwerpunkten, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht“ erforderlich und im Rahmen der Fortbildung nachzuweisen sind.

Besonders hervorzuheben sind die folgenden Entscheidungen:

- Der XI. Zivilsenat hat mit Urteil vom 18. Juni 2019 (– XI ZR 768/17 –) seine Rechtsprechung aufgegeben, wonach die Berechnung von Bareinzahlungen und Barauszahlungen am Bank-schalter ohne eine Freipostenregelung generell, d.h. unabhängig

¹ Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt. Frühere Berichtszeiträume sind aufrufbar auf unserer Website („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

von der konkreten Ausgestaltung des Preis- und Leistungsverzeichnisses, unzulässig ist (Newsletter, S. 3 f.).

- Der XII. Zivilsenat hat sich am 17. Juli 2019 (– XII ZB 425/18 –) mit der Inhaberschaft eines von Eltern auf den Namen ihres minderjährigen Kindes angelegten Sparguthabens befasst und zu Ansprüchen des Kindes wegen von diesen vorgenommenen Verfügungen über das Sparguthaben Stellung genommen (Newsletter, S. 8 f.).
- Am 05. November 2019 (– XI ZR 650/18 und XI ZR 11/19 –) hat der XI. Senat erstmals zum Widerrufsjoker im Zusammenhang mit Finanzierungen von Kfz-Käufen entschieden (Newsletter, S. 20 f.).
- Nach einer Entscheidung des III. Zivilsenats vom 21. November 2019 (– III ZR 244/18 –) ist der Schutzzweck einer Auskunft- oder Beratungspflicht nicht stets auf den ersten Erwerb einer Anlage begrenzt, sondern kann auch spätere Anlageentscheidungen umfassen, die der Anleger auf der Grundlage der pflichtwidrig erteilten Empfehlung, jedoch ohne erneute Beratung trifft (Newsletter, S. 37 f.).
- In seinem Beschluss 30. April 2019 (– XI ZB 13/18 –) hat der XI. Zivilsenat die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine Aussetzung nach dem KapMuG gestärkt (Newsletter, S. 40 f.).

1.

Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden, insbesondere Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bankvertragsrecht, das Konto und dessen Sonderformen

a)

Die **Bepreisung von Bareinzahlungen und Barauszahlungen am Bankschalter ohne eine Freipostenregelung** ist als solche **nicht generell**, d.h. unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Preis- und Leistungsverzeichnisses, **unzulässig**. Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 18. Juni 2019² unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung³ entschieden. Ferner hat er darauf erkannt, dass § 675f Abs. 5 Satz 1 BGB **kein zahlungsdienstrechtliches Verbot einer Entgeltkontrolle** enthält. Vielmehr bleiben insoweit die allgemeinen Regeln anwendbar. Hierzu gehört betreffend die **Bareinzahlungen auf ein debitorisches Girokonto** im Verkehr mit Verbrauchern auch § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB. Nach dem dritten Leitsatz der Entscheidung sind gemäß § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB nur solche Kosten **umlagefähig**, die unmittelbar durch die Nutzung des Zahlungsmittels entstehen (**transaktionsbezogene Kosten**). Gemeinkosten, deren Anfall und Höhe von dem konkreten Nutzungsakt losgelöst sind, sind nicht umlagefähig.

Für den **Zeitraum nach Inkrafttreten des Zahlungsdienstrechts** (§§ 675c ff. BGB) nimmt der Senat nunmehr – anders als für die bis dahin geltende Rechtslage – an, dass es einer Bank nicht generell verwehrt ist, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bareinzahlungen und Barauszahlungen auf ein oder von einem Girokonto am Bankschalter ein Entgelt vorzusehen, selbst wenn es an einer (angemessenen) Freipostenregelung fehlt. Denn nach Inkrafttreten des Zahlungsdienstrechts unterliegt eine solche Klausel nach Ansicht des Senats **nicht mehr ohne weiteres der Inhaltskontrolle**.⁴ Soweit die Bank im Giroverhältnis verpflichtet ist, für den Kunden ein Zahlungskonto (§ 675c Abs. 3 i.V.m.

² Urteil vom 18. Juni 2019 – [XI ZR 768/17](#) – juris.

³ Urteile vom 30. November 1993 – XI ZR 80/93, BGHZ 124, 254, 256 ff. und vom 07. Mai 1996 XI ZR 217/95, BGHZ 133, 10, 12 ff.

⁴ Urteil vom 18. Juni 2019 – [XI ZR 768/17](#) – juris, Rn. 22.

§ 1 Abs. 17 ZAG) zu führen und Zahlungsaufträge auszuführen, ist der **Girovertrag Zahlungsdiensterahmenvertrag** mit der Folge, dass die dabei die vom Geldinstitut als Zahlungsdienstleister zu erbringenden Zahlungsdienste wie Bareinzahlungen auf ein Zahlungskonto (Einzahlungsgeschäft) oder Barauszahlungen von einem Zahlungskonto (Auszahlungsgeschäft) als im Grundsatz der Inhaltskontrolle entzogene Hauptleistungspflichten anzusehen sind.⁵

Eine Klausel, durch die unmittelbar der Preis einer vertraglichen Hauptleistung festgelegt wird, ist nach der Rechtsprechung des Senats dann kontrollfähig, wenn sie von einer **gesetzlichen Preisregelung** abweicht.⁶ Eine solche zu Gunsten des Verbrauchers (halb-) zwingende gesetzliche Preisregelung stellt **§ 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB** dar (§ 312k Abs. 1 Satz 1 BGB). Gemäß § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB ist eine Vereinbarung, durch die ein Verbraucher verpflichtet wird, ein **Entgelt dafür zu zahlen**, dass er für die **Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten ein bestimmtes Zahlungsmittel nutzt**, dann unwirksam, wenn das vereinbarte Entgelt über die **Kosten** hinausgeht, die dem Unternehmer durch die Nutzung des Zahlungsmittels entstehen. Der Anwendbarkeit des § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB steht nach dem Dafürhalten des Senats nicht entgegen, dass sich die vom Unternehmer bepreiste Zahlungsmittelnutzung zugleich als ein von diesem selbst erbrachter Zahlungsdienst darstellt. Die Vorschrift steht neben § 675f Abs. 5 Satz 1 BGB und wird von dieser Norm nicht verdrängt.⁷ § 675f Abs. 5 Satz 1 BGB, der eine **Bepreisung (nur) dem Grunde nach gestattet**, lässt sich nach der eingehenden Argumentation des Senats auch zur Vereinbarkeit seiner Auffassung mit der **Zahlungsdiensterichtlinie 2015** kein zahlungsdienstrechtliches Verbot einer Kontrolle der Entgelthöhe entnehmen. Vielmehr bleiben insoweit die allgemeinen Regeln, zu denen § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB gehört, anwendbar.⁸

⁵ a.a.O., juris, Rn. 24 ff.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 51.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 52.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 58 ff.

Nach dieser Vorschrift sind Kosten nur dann umlagefähig, wenn und soweit sich deren Anfall und Höhe noch unmittelbar auf einen auf das in Rede stehende Zahlungsmittel bezogenen konkreten Nutzungsakt zurückführen lässt, es sich also um **transaktionsbezogene Kosten** handelt. Dagegen nicht umlagefähig sind **Gemeinkosten**, deren Anfall und Höhe von dem konkreten Nutzungsakt losgelöst sind („nicht transaktionsbezogene Kosten“). Neben allgemeinen Personalkosten fallen hierunter auch solche (Vorhalte-) Kosten, deren Anfall lediglich durch die unternehmerische Entscheidung, die Nutzung eines bestimmten Zahlungsmittels zu ermöglichen, ausgelöst wird, deren Anfall und Höhe aber nicht durch die Vornahme konkreter Nutzungsakte bestimmt wird, wie z.B. Schulungskosten oder Kosten für Geräte und Software.⁹

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache. Nach Ansicht des Senats fällt die gegenüber Verbrauchern in den Vertragsmodellen „S-Giro Basis“ und „S-Giro Komfort“ verwendete Klausel:

„Beleghafte Buchungen und Kassenposten mit Service, je Buchung 2,00 Euro (S-Giro Komfort: 1,00 Euro).“

in den Anwendungsbereich des § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB, soweit sie am Bankschalter vorgenommene Bareinzahlungen eines Verbrauchers auf ein aufgrund (geduldeter) Überziehung **debitorisches Girokonto** betreffen.¹⁰

Die Vorschrift kommt nur zum Tragen, wenn die **Erfüllung dem Grunde nach zulässig bepreisbar** ist. Die dem Unternehmer durch die Nutzung des Zahlungsmittels entstehenden Kosten stellen dann im Sinne einer Preisrahmenregelung die **Obergrenze des vereinbarungsfähigen Entgelts** dar.¹¹ Das Berufungsgericht muss jetzt näher aufklären, ob sich die

⁹ a.a.O., juris, Rn. 77 f.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 52, 56.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 53.

Entgelte von 1,00 € bzw. 2,00 € im Rahmen des danach Zulässigen halten.¹²

Seite 6 von 45

b)

In seiner Entscheidung vom 14. Mai 2019¹³ hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zur Einordnung eines **Prämienparvertrags als Darlehensvertrag oder als unregelmäßiger Verwahrungsvertrag** Stellung zu nehmen.

Wie der Senat weiter erkannt hat, ist bei einem Prämienparvertrag, bei dem die Prämien auf die Sparbeiträge stufenweise bis zu einem bestimmten Sparjahr steigen, das Recht der Sparkasse zur **ordentlichen Kündigung** nach Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen **bis zum Erreichen der höchsten Prämienstufe ausgeschlossen**.

Die Abgrenzung, ob ein Sparvertrag dem Darlehensrecht der §§ 488 ff. BGB oder dem Recht der unregelmäßigen Verwahrung unterliegt, hat nach dem Dafürhalten des Senats anhand des vertraglichen Pflichtenprogramms zu erfolgen. Voraussetzung für einen unregelmäßigen Verwahrungsvertrag gemäß § 700 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, dass vertretbare Sachen in der Art hinterlegt werden, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren. Insoweit ist der unregelmäßige Verwahrungsvertrag im Grundsatz **einseitig verpflichtend**. Der Hinterleger geht keine Verpflichtung zur Hinterlegung ein; ihm kommt es in der Regel in erster Linie auf eine sichere Aufbewahrung der überlassenen Sache und daneben auf die jederzeitige Verfügbarkeit darüber an. Eine unregelmäßige Verwahrung scheidet daher aus, wenn der **Sparer zur Erbringung der Spareinlage verpflichtet** sein soll; denn die Verpflichtung, einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen, ist

¹² a.a.O., juris, Rn. 73.

¹³ Urteil vom 14. Mai 2019 – [XI ZR 345/18](#) – juris.

gemäß § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB die **vertragstypische Pflicht des Darlehensgebers** bei einem Darlehensvertrag.¹⁴

Seite 7 von 45

Im Streitfall hat der Senat die Sparverträge nach diesen Maßgaben als unregelmäßige Verwahrungsverträge qualifiziert. Er hat darauf abgestellt, dass sich die Kläger gegenüber der Sparkasse **nicht zur Zahlung der monatlichen Sparbeiträge verpflichtet haben**, während dagegen die Sparkasse unter den Voraussetzungen von Nr. 4 der Bedingungen für den Sparverkehr zur Rückzahlung der Spareinlage verpflichtet war.¹⁵ Eine Verpflichtung des Sparers zur Erbringung der Sparbeiträge hält der Senat für nicht interessengerecht. Zwar hat eine Sparkasse im Einlagengeschäft typischerweise ein Interesse daran, sich über die Einlagen ihrer Kunden zu refinanzieren. Jedoch korrespondiert damit nach Ansicht des Senats keine Verpflichtung des Sparers zur Erbringung von Sparbeiträgen, weil er typischerweise weder von der Sparkasse klageweise auf deren Erbringung in Anspruch genommen werden will, noch bereit ist, wegen schuldhaft nicht oder nicht rechtzeitig erbrachter Sparbeiträge gemäß §§ 280 f. BGB auf Schadensersatz zu haften.¹⁶

Nach Erreichen der höchsten Prämienstufe steht der Sparkasse ein **Recht zur ordentlichen Kündigung aus Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen** zu. Die Klausel begegnet keinen Wirksamkeitsbedenken nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB; sie macht die Wirksamkeit einer Kündigung vom Vorliegen eines **sachlichen Grundes** abhängig.¹⁷ Ein solcher Umstand ist in dem veränderten Zinsumfeld zu sehen, das sich zwar nicht wegen des variablen Zinssatzes negativ auf das Vertragsverhältnis auswirkt, es aber der Sparkasse erschwert, die Erträge zu erwirtschaften, die sie benötigt, um die jährlichen Prämienzahlungen aufzubringen.¹⁸ Das ordentliche Kündigungsrecht greift jedoch **erst mit Erreichen der höchsten Prämien-**

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 26.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 27.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 33 f.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 46.

stufe ein. Mit den Sparverträgen auf der Grundlage der vereinbarten **Prämienstaffel** und der weiteren vertraglichen Bestimmungen hat die Sparkasse dem Sparer das Recht eingeräumt, einseitig zu bestimmen, ob er bis zum Erreichen der höchsten Prämienstufe spart. Der mit der vereinbarten Prämienstaffel verbundene Bonusanreiz bedingt daher nach Ansicht des Senats einen konkludenten Ausschluss des Kündigungsrechts aus Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen bis zum Ablauf des 15. Sparjahres.¹⁹

Die Kündigung der Sparverträge war danach wirksam, weil die Kündigungen jeweils erst für die Zeit nach dem Ablauf des 15. Sparjahres und der Auslaufzeit von drei Monaten erklärt worden waren.²⁰ Einen über das Ende des 15. Sparjahres hinauswirkenden Ausschluss des Kündigungsrechts hatten die Parteien auch im Hinblick auf die unbefristete Laufzeit des Vertrages nicht vereinbart.²¹ Die in dem **Werbeprospekt** enthaltene Musterrechnung bezogen auf einen **Zeitraum von 25 Jahren** stellt nach der Beurteilung des Senats lediglich ein Rechenbeispiel dar, mit dem keine verbindliche Aussage zur tatsächlichen Laufzeit des Vertrages verbunden ist.²² Dies führte im Ergebnis zur Bestätigung des Berufungsgerichts, das allerdings – nicht ergebnisrelevant – eine Kündigung auch schon vor Ablauf der vereinbarten 15-jährigen Prämienstaffel für zulässig gehalten hatte.

c)

Kontoinhaber eines Sparkontos ist derjenige, der nach dem erkennbaren Willen des das Konto eröffnenden Kunden Gläubiger der Bank werden soll. Daraus, dass die **Eltern** ein auf den **Namen ihres minderjährigen Kindes** angelegtes Sparbuch **nicht aus der Hand geben**, lässt sich nicht typischerweise schließen, dass sie sich die Verfügung über das Sparguthaben vorbehalten wollen. Für die Frage, ob einem Kind **Ansprüche gegen seine Eltern** wegen von diesen vorgenommenen **Verfügungen**

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 38 f.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 44.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 41.

²² a.a.O., juris, Rn. 43.

über ein Sparguthaben zustehen, ist das Innenverhältnis zwischen Kind und Eltern maßgeblich; der rechtlichen Beziehung zur Bank kommt insoweit nur indizielle Bedeutung zu. Das hat der XII. Zivilsenat am 17. Juli 2019²³ entschieden.

Kontoinhaber eines Sparkontos ist derjenige, der nach dem erkennbaren Willen des das Konto eröffnenden Kunden Gläubiger der Bank werden soll. Die **Einrichtung des Kontos auf den Namen eines anderen** lässt für sich genommen noch nicht den Schluss auf einen Vertrag zugunsten Dritter zu. Entscheidend ist nach Ansicht des Senats vielmehr, wer gemäß der Vereinbarung mit der Bank Kontoinhaber werden soll. Dies ist durch eine **Auslegung** zu klären, die alle **Umstände des Einzelfalls** berücksichtigt. Neben der im Sparbuch vorgenommenen Eintragung zur Kontoinhaberschaft sind hierfür unter anderem die Angaben im Kontoeröffnungsantrag und wegen § 808 BGB insbesondere die Besitzverhältnisse am Sparbuch bedeutsam. Indizielle Bedeutung kann darüber hinaus im Einzelfall erlangen, inwieweit sich der die Kontoeröffnung für einen anderen Beantragende die Verfügungsbefugnis über das Konto vorbehält, mit welchen Mitteln ein Guthaben angespart werden soll, sowie ob und wann demjenigen, auf dessen Namen das Konto angelegt wird, die Existenz des Sparbuchs mitgeteilt wird. Allgemeinen Auslegungsgrundsätzen folgend können zudem weitere, der Kontoeröffnung zeitlich nachfolgende Verhaltensweisen Rückschlüsse auf den maßgeblichen Willen bei Vertragsschluss erlauben.²⁴

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist daraus, dass ein **naher Angehöriger** ein Sparbuch auf den **Namen eines Kindes** anlegt, **ohne das Sparbuch aus der Hand zu geben**, typischerweise zu schließen, dass der Zuwendende sich die **Verfügung über das Sparguthaben** – gegebenenfalls bis zu seinem Tod – **vorbehalten** will.²⁵ Wie der Senat nunmehr entschieden hat, kommt dem Besitz am Sparbuch im Eltern-

²³ Beschluss vom 17. Juli 2019 – [XII ZB 425/18](#) – juris.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 14.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 18.

Kind-Verhältnis keine ebenso starke Indizwirkung zu, wie im Verhältnis zwischen Großeltern und ihren Enkeln. Zwar zieht der Besitz auch in dieser Konstellation die Rechtswirkungen des § 808 BGB nach sich. Zudem ist die Annahme nicht fernliegend, dass Eltern die Einzahlung eigener Mittel auf ein auf den Namen des minderjährigen Kindes lautendes Sparkonto häufig noch nicht als abschließenden Vermögensübertragungsakt einstufen, zumal sie derartige Mittel nicht selten auch als Reserve für finanzielle Engpässe der Familie ansehen werden. Jedoch kann der Besitz der Eltern nach dem Dafürhalten des Senats ebenso Ausfluss ihrer elterlichen Sorge sein, im Rahmen derer ihnen obliegt, einem Verlust des Sparbuchs durch das Kind durch geeignete Maßnahmen vorzubeugen. Dieser Obliegenheit werden sie gerade bei Kindern bis zum **Grundschulalter** regelmäßig nur dadurch genügen können, dass sie das Sparbuch unabhängig von der Forderungsinhaberschaft **selbst aufbewahren**. Mit hin lässt sich aus dem Besitz der Eltern am Sparbuch nach der Beurteilung des Senats nicht typischerweise darauf schließen, dass sie sich die Verfügung über das Sparguthaben vorbehalten wollen, weil gleichermaßen wahrscheinlich ist, dass die Eltern ihrem Kind den Besitz am Sparbuch i.S.v. § 868 BGB vermitteln.²⁶

Für den **Anspruch des Kindes gegen seine Eltern** ist aber ohnehin letztlich das **Innenverhältnis** zwischen ihnen maßgeblich; die rechtliche Beziehung zur Bank hat insoweit nur indizielle Bedeutung. Nur wenn das Kind im Innenverhältnis als Berechtigter einzustufen ist, kommt ein Zahlungsanspruch gegen die Eltern wegen von diesen vorgenommenen **Verfügungen über das Sparguthaben** in Betracht.²⁷

Das Urteil des Berufungsgerichts, das einen Anspruch der Klägerin auf den begehrten Schadensersatz wegen Abhebungen ihres Vaters von dem auf ihren Namen eingerichteten Sparbuch von 17.300,00 € verneint hatte, konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hat nach der

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 20.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

Beurteilung des Senats dem Besitz des Vaters an dem Sparbuch zu Unrecht das entscheidende Gewicht beigemessen²⁸ und zum Innenverhältnis, für das auch Umstände an Relevanz gewinnen, die für die Bank bei Vertragsschluss nicht erkennbar waren, keine Feststellungen getroffen.²⁹ Für eine Berechtigung der Eltern im Innenverhältnis kann nach Ansicht des Senats sprechen, dass das Sparbuch auch dann nicht in den (unmittelbaren) Besitz der Antragstellerin übergegangen ist, als diese dem Grundschulalter entwachsen war. Außerdem ist das Sparkonto nicht mit Einzahlungen Dritter oder des Kindes selbst (etwa aus angespartem Taschengeld oder Geburtstagsgeschenken), sondern **ausschließlich mit Mitteln der Eltern bespart** worden.³⁰ Im wiedereröffneten Berufungsverfahren muss das Berufungsgericht nunmehr unter Berücksichtigung aller Indiztatsachen klären, ob der Tochter im Innenverhältnis zum Vater das Sparguthaben zustand.

2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

a)

Aufgrund welcher Umstände ein **Zeuge Kenntnis von inneren Tatsachen** erlangt hat, ist nur darzulegen, wenn dieser Zeuge über innere Vorgänge bei einer anderen Person vernommen werden soll, die seiner direkten Wahrnehmung naturgemäß entzogen sind. Denn in diesem Falle kann der Zeuge allenfalls Angaben zu äußeren Umständen machen, die einen Rückschluss auf den zu beweisenden inneren Vorgang zulassen. Anders liegt es, wenn der Zeuge zu seine eigene Person betreffenden inneren Vorgängen benannt ist. Das hat der XI. Zivilsenat in seinem Beschluss vom 30. Juli 2019 bekräftigt.³¹

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 17 und Rn. 21.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 25.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 26.

³¹ Beschluss vom 30. Juli 2019 – [XI ZR 439/18](#) – juris, Rn. 21 f.

Das Berufungsgericht hat daher nach Ansicht des Senats die Anforderungen an die **prozessuale Darlegungslast** der beklagten Bank überspannt, indem es deren erheblichem Beweisangebot zum gemeinsamen Verständnis der Beklagten und der Geschäftsbesorgerin über das Zustandekommen des Darlehensvertrags mit der Begründung nicht nachgegangen ist, die Beklagte habe nicht schlüssig dargelegt, aufgrund welcher Umstände die von der Beklagten angebotenen Zeugen von inneren Tatsachen Kenntnis erlangt hätten und welche Zeugen die Bedeutung der maßgeblichen Faxmitteilung vom 11. Januar 1996 konkret besprochen hätten.³² Das Berufungsgericht hatte in dem Schriftwechsel vom 11. Januar 1996 eine **vorbehaltlose Annahme** des Darlehensvertrags gesehen mit der Folge, dass die erst einen Tag später bei der Beklagten eingegangene **notarielle Ausfertigung der Vollmachtsurkunde** nicht mehr geeignet war, eine Wirksamkeit der gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG nichtigen Vollmacht nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß §§ 171, 172 BGB zu bewirken.

Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. Nach Ansicht des Senats sind die benannten Zeugen dazu zu vernehmen, es sei das übereinstimmende Verständnis der Beteiligten gewesen, dass die Fax-Mitteilungen der Beklagten nur deren Bereitschaft zum (späteren) Vertragsabschluss kundgetan hätten.³³ Der Senat hebt hervor, dass ein (von der Beklagten zu beweisendes) **gemeinsames Verständnis der am Vertragsschluss Beteiligten**, eine Annahmeerklärung liege mangels eines **Annahmewillens** nicht vor, einem Vertragsschluss entgegenstehen würde. Denn ein **übereinstimmender Wille** der an dem Abschluss eines Vertrages beteiligten Parteien **geht einem Vertragswortlaut oder einer anderweitigen Auslegung vor**. Auch die Frage, ob ein bestimmtes willentliches Verhalten eine Willenserklärung darstellt, ist mittels einer Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu beantworten.³⁴

³² a.a.O., juris, Rn. 19.

³³ a.a.O., juris, Rn. 24, Rn. 13.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 20.

b)

Mit dem Verlangen auf **Erhöhung einer Bausparsumme** befasst sich die Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 12. November 2019³⁵. Nach der Bestimmung in § 12 Abs. 1 ABB darf eine vom Bausparer begehrte Erhöhung der Bausparsumme **nur aus bauspartechnischen Gründen** abgelehnt werden. Bauspartechnische Gründe in diesem Sinne sind nach Ansicht des Senats solche Umstände, die derart beschaffen und zu bewerten sind, dass ein unvoreingenommener, vernünftiger Beobachter das Verhalten der Bausparkasse für eine nachvollziehbare und der Sachlage nach angemessene Reaktion halten muss. Bei der Ablehnung einer vom Bausparer begehrten Erhöhung der Bausparsumme sind dies vor allem solche Umstände, die den Zweck des Bausparens, Einlagen von Bausparern entgegenzunehmen und aus den angesammelten Beträgen den Bausparern für wohnungswirtschaftliche Maßnahmen Gelddarlehen zu gewähren, gefährden können, oder die dem Geschäftsmodell der betreffenden Bausparkasse nicht mehr entsprechen.³⁶

Aufgrund dessen darf eine Bausparkasse aus bauspartechnischen Gründen die Zustimmung zu einer Erhöhung der Bausparsumme verweigern, wenn der gewählte Bauspartarif so nicht mehr angeboten wird, weil sie den Altтарif samt Leistungen für Altkunden andernfalls auf unbestimmte Zeit vorhalten müsste und in der Folge ihre Liquidität gefährdet würde. Dies gilt insbesondere für das Erhöhungsverlangen bei Bausparverträgen, bei denen nicht mehr marktgerechte Einlagezinsen vereinbart sind.³⁷

Danach hat das Berufungsgericht nach der Beurteilung des Senats rechtsfehlerfrei in dem **veränderten Zinsumfeld** einen Umstand gesehen, aufgrund dessen die Beklagte ihre Zustimmung zur Erhöhung der Bausparsumme verweigern durfte.³⁸ Die Revision wurde auf entsprechenden Hinweis des Senats nach § 552a ZPO zurückgenommen.

³⁵ Beschluss vom 12. November 2019 – [XI ZR 148/19](#) – juris.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 9.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 10.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 12.

c)

Im Berichtszeitraum hatte der XI. Zivilsenat abermals Gelegenheit, seine Rechtsprechung betreffend den **Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen** fortzuentwickeln.

aa)

Die Entscheidung vom 16. Juli 2019³⁹ befasst sich mit den Voraussetzungen, unter denen im Zuge einer Vereinbarung zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer von der Einräumung eines **neuen Kapitalnutzungsrechts** auszugehen ist. Zudem hat der Senat entschieden, dass der Darlehensgeber, wenn die Parteien im Rahmen einer **unechten Abschnittsfinanzierung** die Konditionen eines bestehenden Darlehensvertrags anpassen, nach der gebotenen objektiven Auslegung dem Darlehensnehmer für die Konditionenanpassung die Vereinbarung eines **vertraglichen Widerrufsrechts** auch dann nicht anbietet, wenn er eine Widerrufsbelehrung erteilt.

Nach der Rechtsprechung des Senats besteht ein Widerrufsrecht bei Änderungen eines Verbraucherdarlehensvertrags nur dann, wenn dem Verbraucher infolge der Vertragsänderung zugleich ein neues, im ursprünglichen Darlehensvertrag weder geregeltes noch angelegtes Kapitalnutzungsrecht eingeräumt wird. Der Senat unterscheidet insoweit die Fälle einer echten Abschnittsfinanzierung, einer Novation oder einer Prolongation nach Ablauf der Gesamtlaufzeit einerseits und der unechten Abschnittsfinanzierung andererseits, bei der dem Verbraucher kein neues Kapitalnutzungsrecht eingeräumt wird, sondern nach Ablauf der Zinsbindungsfrist lediglich neue Konditionen für die Zukunft vereinbart werden und die Konditionenvereinbarung entsprechend dem ursprünglichen Darlehensvertrag vollzogen wird.⁴⁰ Das ist auch bei einer zeitlich vorgezogenen Neuregelung des Zins- und Tilgungsanteils der Darlehensraten der

³⁹ Urteil vom 16. Juli 2019 – [XI ZR 426/18](#) – juris.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 19 mit Bezug u.a. auf Beschluss vom 15. Januar 2019 – [XI ZR 202/18](#) – juris, Rn. 2; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

Fall, wenn dem Darlehensnehmer damit kein neues Kapitalnutzungsrecht eingeräumt wird.⁴¹

Ob eine Novation oder lediglich eine Prolongation des Darlehensvertrags vorliegt, ist **Auslegungsfrage**. Der Frage, ob im Zuge einer Vereinbarung neue oder andere Sicherheiten bestellt werden, kommt indizielle Bedeutung zu. Im Zweifel ist nur von einer bloßen Vertragsänderung auszugehen.⁴²

Im Streitfall hat der Senat – entgegen dem Berufungsgericht – in der Vereinbarung vom 23. Januar 2006 lediglich eine Prolongation gesehen und dies mit dem schon im Jahr 1996 über das Jahr 2006 hinaus eingeräumten Kapitalnutzungsrecht, aus der durch ein früheres Schreiben der Bank hergestellten Verbindung zwischen dem ursprünglichen Vertrag und der weniger als zwei Wochen später getroffenen Vereinbarung, aus dem direkten Anschluss der ab dem 16. Juni 2006 getroffenen Zins- und Tilgungsvereinbarung an das Ende der Zinsbindungsfrist am 15. Juni 2006, aus der fortdauernden Überlassung der gegenüber dem Zeitpunkt des Endes der Zinsbindungsfrist unveränderten Darlehenssumme, aus der Fortführung des Darlehenskontos und aus dem unveränderten Erhalt der zur Sicherung der Ansprüche der Beklagten aus dem Darlehensvertrag des Jahres 1996 bestellten Sicherheit begründet.⁴³

Ein **vertragliches Widerrufsrecht** hat der Senat unter diesen Umständen verneint. Passen die Parteien im Rahmen einer unechten Abschnittsfinanzierung die Konditionen eines bestehenden Darlehensvertrags an, bietet der Darlehensgeber nach der gebotenen **objektiven Auslegung** dem Darlehensnehmer für die Konditionenanpassung nach seinem Dafürhalten

⁴¹ Urteil vom 16. Juli 2019 – [XI ZR 426/18](#) – juris, Rn. 19 mit Bezug u.a. auf Beschluss vom 07. Juni 2016 – [XI ZR 385/15](#).

⁴² Urteil vom 16. Juli 2019 – [XI ZR 426/18](#) – juris, Rn. 20.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 28.

die Vereinbarung eines vertraglichen Widerrufsrechts auch dann nicht an, wenn er eine **Widerrufsbelehrung erteilt**.⁴⁴

bb)

Die gemäß **Artikel 247 § 6 Abs. 2, § 9 Abs. 1 Satz 3 EGBGB** in einen Verbraucherdarlehensvertrag aufzunehmenden **Pflichtangaben zum Widerrufsrecht** müssen, wie der Senat am 17. September 2019⁴⁵ ausgesprochen hat, **nicht** mit den **übrigen Darlehensbestimmungen** in einer **einheitlichen Vertragsurkunde** enthalten sein. Vielmehr genügt es zur Wahrung der Schriftform des § 492 Abs. 2 BGB, wenn in der Haupturkunde hinreichend deutlich auf die Anlage, die die Widerrufsinformation enthält, Bezug genommen wird.

Nach § 492 Abs. 2 BGB und Art. 247 § 9 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 2 EGBGB a.F. sind die Informationen zum Widerrufsrecht in den Vertrag aufzunehmen (**Ein-Urkunden-Modell**).⁴⁶ Die in § 492 Abs. 1 Satz 1 BGB vorausgesetzte Schriftform des § 126 BGB erfordert nach der sogenannten Auflockerungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs indessen keine körperliche Verbindung der einzelnen Blätter einer Urkunde, wenn sich deren Einheit aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlichem Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergibt.⁴⁷ Dementsprechend brauchen die Angaben zum Widerrufsrecht in einem Verbraucherdarlehensvertrag nicht in der Haupturkunde enthalten zu sein, weil von einem normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbraucher erwartet werden kann, dass er den Text eines Darlehensvertrags sorgfältig durchliest und dabei auch

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 24 mit Bezug u.a. auf Urteil vom 23. Januar 2018 – [XI ZR 359/16](#) – juris, Rn. 20; Beschluss vom 26. März 2019 – [XI ZR 372/18](#) – juris, Rn. 17; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

⁴⁵ Urteil vom 17. September 2019 – [XI ZR 662/18](#) – juris.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 19; vgl. auch Urteil vom 05. November 2019 – [XI ZR 650/18](#) – juris, Rn. 51.

hinreichend deutliche Bezugnahmen auf Anlagen zu dem Darlehensvertrag zur Kenntnis nimmt.⁴⁸

Seite 17 von 45

In diesem Sinne ergibt sich die **Einheit der Vertragsunterlagen** auch ohne körperliche Verbindung hinreichend deutlich aus dem **inhaltlichen Zusammenhang** des Textes, wenn in beiden Anlagen die Kläger als Darlehensnehmer, die Kontonummer des Darlehensvertrags und das Vertragsdatum aufgeführt sind, in der Haupturkunde mit der Überschrift „Besondere Vereinbarungen“ auf die entsprechende Anlage verwiesen wird, in dieser Anlage, die von den Klägern gesondert unterzeichnet worden ist, auf die weitere Anlage mit der Widerrufsinformation verwiesen und insoweit deutlich hervorgehoben wird, dass diese an die Stelle der an sich in Ziff. 14 des Darlehensvertrags enthaltenen – dort aber durchgestrichene – Widerrufsinformation tritt.⁴⁹

Die in § 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Sparkasse enthaltene **Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis**, die nach der Rechtsprechung des Senats im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist⁵⁰, lässt die **Ordnungsmäßigkeit der Widerrufsinformation unberührt**.⁵¹ Nach der Rechtsprechung des Senats wird eine inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Widerrufsbelehrung nicht dadurch undeutlich, dass die Vertragsunterlagen an anderer, drucktechnisch nicht hervorgehobener Stelle einen inhaltlich nicht ordnungsgemäßen Zusatz enthalten. Erst recht gilt dies ohne Rücksicht auf die Art ihrer Gestaltung, soweit Zusätze außerhalb der Widerrufsbelehrung zwar eine unzulässige und damit unwirksame Abweichung von Vorschriften des Verbraucherschutzrechts aufweisen, aber nicht in Zusammenhang mit der Unterrichtung über das Widerrufsrecht als solchem stehen. Dass in den Darlehensvertrag einbe-

⁴⁸ Urteil vom 17. September 2019 – [XI ZR 662/18](#) – juris, Rn. 23.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁵⁰ Urteil vom 20. März 2018 – [XI ZR 309/16](#) – juris, Rn. 12 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2018.

⁵¹ Urteil vom 17. September 2019 – [XI ZR 662/18](#) – juris, Rn. 30.

zogene Allgemeine Geschäftsbedingungen eine unwirksame Regelung zu einer Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis enthalten, ist für die Ordnungsmäßigkeit der Widerrufsbelehrung ohne Auswirkung. Dies gilt für die Widerrufsinformation gleichermaßen.⁵² Eine Vorlage an den EuGH ist zu dieser Frage nicht veranlasst.⁵³

cc)

§ 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB in der bis zum 03. August 2009 geltenden Fassung ist auf im Wege des **Fernabsatzes** geschlossene Verbraucherdarlehensverträge **nicht anwendbar**. Das hat der Senat in Bestätigung seines Urteils vom 03. Juli 2018⁵⁴ am 15. Oktober 2019⁵⁵ bekräftigt und dabei nochmals eingehend begründet, dass und warum es ihm auch im Lichte des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11. September 2019⁵⁶ aufgrund der **eindeutigen deutschen Gesetzeslage** nicht möglich ist, im demokratisch verfassten Rechtsstaat (Art. 20 Abs. 3 GG) **contra legem** eine Regelung anzuwenden, deren Geltung für den Verbraucherdarlehensvertrag der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich gemäß § 312d Abs. 5 BGB in der ab dem 08. Dezember 2004 geltenden Fassung ausgeschlossen hat.

Die Entscheidung befasst sich ferner – wie mehrere weitere im Berichtszeitraum – mit der **Verwirkung** des Rechts auf Widerruf der auf Abschluss eines (beendeten) Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für das Umstandsmoment der Verwirkung weder auf die **Kenntnis des Darlehensnehmers vom Fortbestand seines Widerrufsrechts** noch auf

⁵² a.a.O., juris, Rn. 31 mit Bezug auf Beschlüsse vom 02. April 2019 – [XI ZR 463/18](#) – juris und vom 09. April 2019 – [XI ZR 511/18](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019; vgl. ferner Urteil vom 05. November 2019 – [XI ZR 650/18](#) – juris, Rn. 53.

⁵³ Beschlüsse vom 12. November 2019 – [XI ZR 74/19](#) und [XI ZR 88/19](#) – juris.

⁵⁴ [XI ZR 702/16](#) – juris, Rn. 10 ff.; bestätigt mit Beschluss vom 15. Januar 2019 – [XI ZR 202/18](#), juris, Rn. 2; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

⁵⁵ Urteil vom 15. Oktober 2019 – [XI ZR 759/17](#) – juris, Rn. 19 ff.

⁵⁶ C-143/18 – „Romano“, WM 2019, 1919 ff.

das Vertrauen des Darlehensgebers an, der Darlehensnehmer habe in sonstiger Weise Kenntnis vom Fortbestand seines Widerrufsrechts erlangt. Dass der Darlehensgeber davon ausgeht oder ausgehen muss, der Darlehensnehmer habe von seinem **Widerrufsrecht keine Kenntnis**, schließt, wie der Senat erneut hervorhebt, eine Verwirkung nicht aus.⁵⁷

Der tatrichterlichen Würdigung, der Darlehensnehmer habe das Widerrufsrecht verwirkt, steht weiter nicht entgegen, dass der Darlehensgeber, der von der Fehlerhaftigkeit der Widerrufsbelehrung wusste oder wissen konnte, im Zuge der Verhandlungen über die vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrags **keine Nachbelehrung erteilt** hat. Die Nachbelehrung hat nach dem Dafürhalten des Senats nicht den Zweck, den Darlehensnehmer in Fällen der vorzeitigen Beendigung des Darlehensvertrags vor der Entrichtung eines Aufhebungsentgelts zu bewahren. Der Darlehensgeber hat die Möglichkeit, nicht eine Verpflichtung zur Nachbelehrung.⁵⁸

Die Tatsache, dass der Darlehensgeber **Sicherheiten freigegeben** hat, ist ein Aspekt, den der Tatrichter bei der Prüfung des Umstandsmoments berücksichtigen kann. Die Sicherheiten sichern regelmäßig auch Ansprüche aus einem **Rückgewährschuldverhältnis** nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB. Dem Rückgewähranspruch des Darlehensnehmers aus der Sicherungsabrede haftet die für den Fall des Widerrufs auflösende Rechtsbedingung einer **Revalutierung** an. Beendet der Darlehensgeber trotz der Möglichkeit der Revalutierung durch Rückgewähr der Sicherheit den Sicherungsvertrag, kann darin die Ausübung beachtlichen Vertrauens i.S.d. § 242 BGB liegen.⁵⁹ Entsprechendes gilt bei **verbundenen Verträgen** für die (Rück-) Übertragung der zur Sicherung der Ansprüche des Darlehensgebers übereigneten finanzierten

⁵⁷ Urteil vom 15. Oktober 2019 – a.a.O. – juris, Rn. 31; Urteil vom 17. September 2019 – [XI ZR 677/17](#) – juris, Rn. 25.

⁵⁸ Urteil vom 15. Oktober 2019, a.a.O., juris, Rn. 32; Urteil vom 22. Oktober 2019 – [XI ZR 203/18](#) – juris, Rn. 14.

⁵⁹ Urteil vom 15. Oktober 2019, a.a.O., juris, Rn. 33; Urteil vom 22. Oktober 2019 – [XI ZR 203/18](#) – juris, Rn. 16.

Sache wie z.B. des **sicherungsübereigneten finanzierten Kraftfahrzeugs**.⁶⁰

Seite 20 von 45

Der **Zeitraum** zwischen der Beendigung des Verbraucherdarlehensvertrags und dem Widerruf kann im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Widerrufs bei der Prüfung des **Umstandsmoments** Berücksichtigung finden. Insofern gelten aber zugunsten des Darlehensnehmers keine Mindestzeitspannen. Damit ist der Senat der Argumentation des Berufungsgerichts entgegengetreten, „nach der Abwicklung des Vertragsverhältnisses“ müsse, damit das Umstandsmoment erfüllt sei, „eine längere Zeitspanne verstrichen“ sein, wobei eine Zeitspanne von neun Monaten nicht genüge.⁶¹ Gebilligt hat der Senat hingegen die Bejahung des Umstandsmoments nach einem Zeitraum von etwa drei Jahren ab Beendigung der Darlehensverträge, wobei die Beendigung auf den Wunsch der Darlehensnehmerin zurückging, und die Beklagte die bezahlten Beträge im Rahmen ihres üblichen Geschäftsbetriebes investiert hat.⁶² Weil der anderweitige Einsatz der vom Darlehensnehmer erlangten Mittel bei der Anwendung des § 242 BGB herangezogen werden kann, verbietet sich die Erwägung, dass die Bank keine Rückstellungen für etwaig zu erwartende Forderungen gebildet hat.⁶³

Mit der Erwägung, zwischen der Beendigung des Darlehensverhältnisses und der Widerrufserklärung seien „nicht mehr als 10 Jahre vergangen“, kann die Verwirkung nicht verneint werden, weil damit außer Acht bleibt, dass sich die Frage, ob eine Verwirkung vorliegt, nach den **Umständen des Einzelfalls** richtet, ohne dass insofern auf Vermutungen zurückgegriffen werden kann.⁶⁴ Die Anforderungen an das **Zeitmoment** sind nach Ansicht des Senats erfüllt, wenn zwischen dem Abschluss des Darlehens-

⁶⁰ Beschluss vom 03. Dezember 2019 – [XI ZR 100/19](#) – juris.

⁶¹ Urteil vom 22. Oktober 2019 – [XI ZR 203/18](#) – juris, Rn. 15.

⁶² Urteil vom 10. September 2019 – [XI ZR 169/17](#) – juris, Rn. 17.

⁶³ Urteil vom 17. September 2019 – [XI ZR 677/17](#) – juris, Rn. 26.

⁶⁴ Urteil vom 17. September 2019 – [XI ZR 677/17](#) – juris, Rn. 24.

vertrags und der Ausübung des Widerrufsrechts ein Zeitraum von etwa acht Jahren liegt.⁶⁵

dd)

Am 05. November 2019⁶⁶ hat der Senat erstmals zum **Widerruf von Auto-Kreditverträgen** entschieden. Er hat darauf erkannt, dass der zur Finanzierung eines Kfz-Erwerbs geschlossene Darlehensvertrag nicht mehr wirksam widerrufen werden konnte, weil die Bank eine **ordnungsgemäße Widerrufsinformation** und die **erforderlichen Pflichtangaben beanstandungsfrei** erteilt hatte.

Die **Information über den Verzugszinssatz** und die Art und Weise seiner etwaigen Anpassung nach Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 11 EGBGB erfordert danach nicht die Angabe des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden **konkreten Prozentsatzes**. Zu den Angaben über das einzuhaltende **Verfahren bei der Kündigung** des Vertrags nach Art. 247 § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EGBGB gehört nicht die Information über das **außerordentliche Kündigungsrecht des § 314 BGB**, sondern nur – soweit einschlägig – die Information über das Kündigungsrecht gemäß § 500 Abs. 1 BGB.

Wird der nach Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 2 EGBGB mitzuteilende **pro Tag zu zahlende Zinsbetrag mit 0,00 €** angegeben, ist die Widerrufsinformation für den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbraucher **klar und verständlich**. Die nach Art. 247 § 7 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB erforderliche Information über die **Berechnungsmethode des Anspruchs auf Vorfälligkeitsentschädigung** ist klar und verständlich, wenn der Darlehensgeber die für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung **wesentlichen Parameter in groben Zügen** benennt.

Nach Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 EGBGB muss im Falle des Bestehens eines Widerrufsrechts nach § 495 BGB ein Hinweis auf die Verpflichtung

⁶⁵ Urteil vom 10. September 2019 – [XI ZR 169/17](#) – juris, Rn. 15.

⁶⁶ Urteile vom 05. November 2019 – [XI ZR 650/18](#) und [XI ZR 11/19](#) – juris.

des Darlehensnehmers enthalten sein, ein bereits ausbezahltes Darlehen zurückzuzahlen und **Zinsen zu vergüten**. Nach Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 2 EGBGB ist der **pro Tag zu zahlende Zinsbetrag** anzugeben. Unter den „zu vergütenden Zinsen“ ist nach Ansicht des Senats im Lichte der Verbraucherkreditrichtlinie der „vereinbarte Sollzins“ i.S.d. § 357a Abs. 3 Satz 1 BGB zu verstehen.⁶⁷ Danach genügt es insoweit, wenn die Information über die „Widerrufsfolgen“ abstrakt darstellt, dass der Verbraucher im Falle des Widerrufs für den Zeitraum zwischen der Auszahlung und der Rückzahlung des Darlehens den „vereinbarten Sollzins“ zu entrichten hat, verbunden mit der Information, dass sich der Zinsbetrag verringert, wenn das Darlehen nur teilweise in Anspruch genommen wird.⁶⁸

Wird der mitzuteilende pro Tag zu zahlende Zinsbetrag **in dem konkreten Darlehensvertrag mit 0,00 €** angegeben, ist die Widerrufsinformation für den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbraucher **klar und verständlich**. Allein diese **konkrete Bezifferung für „seinen“ Darlehensvertrag** ist nach dem Dafürhalten des Senats für den Darlehensnehmer bedeutsam. Durch den abschließenden Satz 4, wonach sich der Zinsbetrag verringert, wenn das Darlehen nur teilweise in Anspruch genommen wird, wird die eindeutige Angabe „0,00 €“ nicht missverständlich. Der verständige Verbraucher erkennt nach Ansicht des Senats ohne weiteres, dass er weniger als 0,00 € nicht zahlen kann und misst diesem vorgedruckten Satz keine Bedeutung für seinen Darlehensvertrag bei. Vielmehr versteht er die konkrete Angabe des zu zahlenden Zinsbetrags mit 0,00 € dahin, dass die finanzierende Bank auf ihren **etwaigen Zinsanspruch verzichtet**. Dass es sich dabei um einen Eintragungs- oder Berechnungsfehler der Bank handeln könnte, sieht der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Verbraucher nach der Beurteilung des Senats als fernliegend an.⁶⁹

⁶⁷ Urteil vom 05. November 2019 – [XI ZR 650/18](#) – juris, Rn. 20.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 23.

Gemäß § 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EGBGB gehört zu den vorgeschriebenen Pflichtangaben, von deren Erteilung der Beginn der Widerrufsfrist abhängt, auch das „**einzuhaltende Verfahren bei der Kündigung des Vertrags**“.⁷⁰ Über die **Kündigungsmöglichkeit nach § 314 BGB** muss dabei aber **nicht** unterrichtet werden, wie der Senat nunmehr im Hinblick auf einen Meinungsstreit in der obergerichtlichen Rechtsprechung und Literatur entschieden hat.⁷¹ Vielmehr ist die Informationspflicht hinsichtlich der dem Darlehensnehmer zustehenden Kündigungsrechte nach Systematik, Sinn und Zweck auf das nur bei unbefristeten Darlehensverträgen anwendbare verbraucherdarlehensspezifische Kündigungsrecht aus § 500 Abs. 1 BGB beschränkt.⁷²

Die erforderliche Pflichtangabe gemäß § 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 § 7 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB zu den Voraussetzungen und der **Berechnungsmethode** für den Anspruch auf **Vorfälligkeitsentschädigung** ist ordnungsgemäß erteilt, wenn der Darlehensgeber die für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung **wesentlichen Parameter in groben Zügen** benennt,⁷³ nämlich das zwischenzeitlich veränderte Zinsniveau (als Ausgangspunkt für die Berechnung des Zinsverschlechterungsschadens), die für das Darlehen ursprünglich vereinbarten Zahlungsströme (als Grundlage der sogenannten Cash-Flow-Methode), den der Bank entgangenen Gewinn (als Ausgangspunkt für die Berechnung des Zinsmargenschadens), die infolge der vorzeitigen Rückzahlung ersparten Risiko- und Verwaltungskosten (als Abzugsposten) und den mit der vorzeitigen Rückzahlung verbundenen Verwaltungsaufwand. Insbesondere bedarf es nicht der Darstellung einer finanzmathematischen Berechnungsformel.⁷⁴

Ob sich der Darlehensgeber bereits im Darlehensvertrag für eine der zulässigen Berechnungsmethoden entscheiden muss, hat der Senat offen-

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 27 ff.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 33.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 40 ff., Rn. 45 f.

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 44.

gelassen. Legt er sich durch die Angabe der Parameter auf die sogenannte **Aktiv-Aktiv-Methode** fest, muss er diese finanzmathematische Bezeichnung nicht verwenden.⁷⁵ Im Übrigen ist es nicht zu beanstanden, wenn im Rahmen der auf die Vorfälligkeitsentschädigung bezogenen Angaben im Wesentlichen wortgleich die **Kappungsgrenze des § 502 Abs. 3 BGB** übernommen wird, denn die Wiedergabe des Gesetzestextes kann für sich weder unklar noch unverständlich sein.⁷⁶ Auch darf der Höchstbetrag der Entschädigung in Form eines Pauschalbetrages festgelegt werden.⁷⁷

Hinreichend über den **Verzugszinssatz und die Art und Weise seiner etwaigen Anpassung** (Art. 247 § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 11 EGBGB) unterrichtet der Darlehensgeber, wenn er insoweit das Gesetz (§ 288 Abs. 1 BGB) und damit die „zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrags geltende Regelung“ (Art. 10 Abs. 2 Buchst. I) Verbraucherkreditrichtlinie) zutreffend wiedergibt. Einer Angabe des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden konkreten Prozentsatzes bedarf es wegen der halbjährlichen Veränderbarkeit des Basiszinssatzes und der damit verbundenen Bedeutungslosigkeit des Verzugszinssatzes bei Vertragsschluss nach Ansicht des Senats nicht.⁷⁸

ee)

Zu den im Darlehensvertrag anzugebenden **Kosten** (§ 492 Abs. 2 BGB, § 495 Abs. 2 BGB in der vom 30. Juli 2010 bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung, Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB in der vom 11. Juni 2010 bis zum 12. Januar 2018 geltenden Fassung, Art. 247 § 9 Abs. 1 EGBGB in der vom 11. Juni 2010 bis zum 20. März 2016 geltenden Fassung) gehört nicht auch ein vom Darlehensgeber übernommenes **Entgelt für einen zwischengeschalteten Darlehensvermittler**.⁷⁹ Insbesondere ist

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 47.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 49.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 49.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 52.

⁷⁹ Beschluss vom 09. Juli 2019 – [XI ZR 53/18](#) – juris, Rn. 3 ff.

Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB a.F. nicht dahin auszulegen, dass auch eine im Wege des „(versteckten) packing“ über den Sollzinssatz auf den Darlehensnehmer abgewälzte Vermittlungsprovision im Darlehensvertrag gesondert auszuweisen ist. Der Sinn der in dieser Nummer vorgesehenen Information darin besteht, dem Darlehensnehmer einen Überblick über die sonstigen Kosten eines Darlehensvertrags zu schaffen. Für einen solchen Überblick ist es nicht erforderlich, die in den nach Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB a.F. anzugebenden Sollzinssatz eingeflossenen Kosten gesondert aufzuführen.⁸⁰

ff)

Die **Widerrufsbelehrung** mit der Formulierung „**Der Widerruf ist zu senden an ...**“ genügt den Voraussetzungen des § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung. Nach Satz 2 Halbsatz 2 dieser Vorschrift genügt zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Gebraucht der Unternehmer in seiner Belehrung das zum Begriff „Absendung“ zugehörige Verb „senden“ im selben Kontext, kann dies nie undeutlich sein, da der Unternehmer nicht genauer formulieren muss als der Gesetzgeber selbst.⁸¹

gg)

Nach Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB in der bis zum 12. Januar 2018 geltenden Fassung bedurfte es für das Anlaufen der Widerrufsfrist nach § 495 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung, § 492 Abs. 2 BGB, Art. 247 § 9 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in der bis zum 20. März 2016 geltenden Fassung **nicht der konkreten Bezifferung** von im Zusammenhang mit der **dinglichen Sicherung** der Bank entstehenden **Kosten**.⁸² Der Hinweis, es könnten „noch Fremdkosten, insbesondere im Rahmen einer dinglichen Sicherung Notar- und Grundbuchkosten [...] hinzukommen“, die „vom Darlehensnehmer zusätzlich zu bezahlen“ seien, reicht mithin aus.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁸¹ Beschluss vom 22. Oktober 2019 – [XI ZR 76/18](#) – juris.

⁸² Beschluss vom 12. November 2019 – [XI ZR 34/19](#) – juris.

hh)

Die **Gesetzlichkeitsfiktion** (§ 14 Abs. 3 BGB-InfoV a.F.) kommt dem Darlehensgeber auch dann zugute, wenn er zwischen der Überschrift „Widerrufsbelehrung“ und der Überschrift „Widerrufsrecht“ einen **Zwischentext** eingefügt hat, der ihre **frühere Firma, die „Finanzprojekt-Nummer“, Name und Anschrift der Darlehensnehmer und das Datum des „Darlehensvertragsangebot[s]“** enthält. Denn die Gesetzlichkeitsfiktion bleibt erhalten, wenn der Unternehmer die Widerrufsbelehrung im Text einem konkreten Verbrauchervertrag zuordnet.⁸³

Unschädlich ist auch ein im Anschluss an die Widerrufsbelehrung **auf einer gesonderten Seite enthaltener „Hinweis“** in dem Vertragsformular, der den zu leistenden Wertersatz im Falle des Widerrufs näher umschreibt und dem Darlehensnehmer die **Zustimmung zur Auszahlung** des Darlehens vor Ablauf der Widerrufsfrist abverlangt, wenn dieser „Hinweis“ von der mit der Unterschrift des Darlehensnehmers abgeschlossenen Widerrufsbelehrung räumlich klar getrennt ist. Nach dem Dafürhalten des Senats folgt aus dem Verlangen nach einer gesonderten Unterschrift unter dem mit „Zustimmung“ eingeleiteten Satz, dass dieser Passus primär auf ein aktives Tun – eine eigene rechtsgeschäftliche Erklärung des Darlehensnehmers – und nicht auf die passive Entgegennahme weiterer das Widerrufsrecht betreffender Informationen zielt.⁸⁴

ii)

Widerruft der Darlehensnehmer wirksam seine auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung und stammt das gewährte Darlehen aus **Fördermitteln der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)**, schuldet der Darlehensgeber, der nicht sämtliche vom Darlehensnehmer erlangten Leistungen ungekürzt an die KfW weitergeleitet

⁸³ Urteil vom 26. November 2019 – [XI ZR 307/18](#) – juris, Rn. 20 mit Bezug u.a. auf Urteil vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 564/15](#) – juris, Rn. 23; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

⁸⁴ Urteil vom 26. November 2019 – [XI ZR 307/18](#) – juris, Rn. 21.

hat, als Rückgewährschuldner die **Herausgabe von Nutzungen**, die er aus dem **bei ihm verbliebenen Teil der Leistungen** gezogen hat. Insoweit bleibt es dabei, dass diese Leistungen aus dem Darlehensvertrag erlangt sind. Dass der Einbehalt einer „Marge“ auf einer Vereinbarung des Darlehensgebers mit der KfW basiert, ändert daran nach Ansicht des Senats nichts.⁸⁵

Im Übrigen bestätigt der Senat seine Rechtsprechung, wonach sich die Ansprüche der Bank auf Herausgabe der von den Klägern erlangten **Gebrauchsvorteile** für die vor dem Wirksamwerden des Widerrufs überlassenen Darlehensvaluta **auch für die Zeit danach** nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 BGB (**nicht nach § 818 BGB**) und nach dem **Vertragszins** richten⁸⁶. Insoweit gilt im Ergebnis nichts anderes, als § 357a Abs. 3 BGB im Falle des Widerrufs von Verbraucherdarlehensverträgen für das geltende Recht bestimmt. Eine „**Zurückweisung**“ **des Widerrufs** durch den Darlehensgeber ist darauf nach der Beurteilung des Senats **ohne Einfluss**.⁸⁷

Für die Ermittlung des Wertersatzes nach § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BGB ist nicht nur der vertragliche Nominalzins, sondern auch die vertraglich vereinbarte Zinsberechnungsmethode maßgeblich. Deshalb kann bei der Ermittlung der Gebrauchsvorteile nur dann die actual/365-Methode zugrunde gelegt werden, wenn die Parteien in den Darlehensverträgen diese Zinsberechnungsmethode vereinbart hatten.⁸⁸

Ein Anspruch der Beklagten auf **Wertersatz für Gebrauchsvorteile** besteht auch insoweit, als sie das Darlehen **aus Fördermitteln zur Verfügung gestellt** hat. Die Kläger können sich **nicht** mit Erfolg darauf berufen, soweit die Beklagte für an die KfW „durchgereichte“ Leistungen die Her-

⁸⁵ Urteil vom 08. Oktober 2019 – [XI ZR 717/17](#) – juris, Rn. 24.

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 18 mit Bezug u.a. auf Senatsurteil vom 12. März 2019 – [XI ZR 9/17](#) – juris, Rn. 18; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

⁸⁷ Urteil vom 08. Oktober 2019 – [XI ZR 717/17](#) – juris, Rn. 18.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 19.

ausgabe von Nutzungen nicht schulde, müsse dies spiegelbildlich auch für ihre Wertersatzansprüche gegen die Kläger gelten. Durch die weitere Überlassung der Darlehensvaluta sind die Darlehensnehmer ohne Rücksicht auf die Herkunft der Darlehensmittel imstande, Gebrauchsvorteile zu ziehen.⁸⁹

jj)

Die **Kumulierung eines Zahlungsantrags**, der auf die Rückabwicklung eines Darlehens nach Widerruf gerichtet ist, und eines **Feststellungsantrags** zur Beendigung dieses Darlehensvertrags führt wegen **wirtschaftlicher Identität** im Grundsatz nicht zu einer Addition der Werte. Denn der Wert von positiven wie negativen Feststellungsanträgen in Widerrufsfällen richtet sich nach den **Zins- und Tilgungsleistungen**, die der widerrufende Darlehensnehmer auf den in Streit stehenden Vertrag bis zum Widerruf erbracht hat.⁹⁰ Nichts anderes gilt für das Interesse, ab dem Zeitpunkt des Widerrufs auf das streitgegenständliche Darlehen keine Zins- und Tilgungsleistungen mehr zu schulden. Auch der Wert dieses Antrags richtet sich nach dem Wert der Hauptforderung auf Rückabwicklung des Darlehensvertrags.⁹¹ Eine Feststellungsklage des Darlehensnehmers, die nach Widerruf einer Prolongationsvereinbarung auf Auflösung des Darlehensvertrags durch eine zusätzlich erklärte Kündigung gerichtet ist, umfasst kein darüber hinausgehendes wirtschaftliches Interesse. Sie kann auch nicht mit dem Wert der Restforderung des Darlehensgebers aus dem Darlehensvertrag angesetzt werden, da der Darlehensnehmer, der die Wirksamkeit seiner Kündigung behauptet, mit einem entsprechenden Feststellungsantrag einer solchen Forderung gerade nicht entgegengetreten will. Das unterscheidet den vorliegenden Feststellungsantrag von der negati-

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁹⁰ Beschluss vom 16. Juli 2019 – [XI ZR 538/18](#) – juris, Rn. 5 mit Bezug u.a. auf Beschluss vom 12. Januar 2016 – [XI ZR 366/15](#) – juris, Rn. 6 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2016.

⁹¹ Beschluss vom 16. Juli 2019 – [XI ZR 538/18](#) – juris, Rn. 6 mit Bezug auf Beschluss vom 04. Dezember 2018 – [XI ZR 196/18](#) – juris, Rn. 2; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2018.

ven Feststellungsklage eines Darlehensnehmers, mit der die Unwirksamkeit der Darlehenskündigung einer Bank geltend gemacht wird.⁹²

Seite 29 von 45

4.

Sonstige Bankgeschäfte - insbesondere i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

5.

Kapitalmarkt- und Kapitalanlagerecht, insbesondere Wertpapierhandel, Investmentgeschäft, alternative Anlageformen, Vermögensverwaltung, Vermögensverwahrung

a)

Mit dem tatsächlichen Hauptvorbringen **unvereinbares Hilfsvorbringen** einer Partei ist nach der Entscheidung des III. Zivilsenats vom 04. Juli 2019⁹³ unbeachtlich, wenn das Gericht das **Hauptvorbringen seiner Entscheidung zu Grunde legt**, dieses jedoch **rechtlich** nicht zum angestrebten Erfolg führt.

Hinsichtlich des tatsächlichen Vortrags ist es das Prozessziel des Klägers, dass sein Hauptvorbringen berücksichtigt und der rechtlichen Würdigung zu Grunde gelegt wird. Hilfsvorbringen wird in den Prozess in der Regel für den Fall eingeführt, dass die Partei mit ihrem Hauptvorbringen in tatsächlicher Hinsicht nicht durchdringt, das Gericht das Hauptvorbringen seiner rechtlichen Würdigung also nicht zugrunde legt. Dementsprechend ist auch das dem Hauptvorbringen widersprechende Hilfsvorbringen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu berücksichtigen, wenn das Gericht das Hauptvorbringen nicht für erwiesen erachtet.⁹⁴ Hiervon grenzt der Senat nunmehr den Fall ab, dass das Hauptvorbringen nur rechtlich nicht zum Erfolg führt. Für diesen Fall kann mit dem Hauptvor-

⁹² Beschluss vom 16. Juli 2019 – [XI ZR 538/18](#) – juris, Rn. 7.

⁹³ Urteil vom 04. Juli 2019 – [III ZR 202/18](#) – juris.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 26.

bringen unvereinbares Hilfsvorbringen seiner Ansicht nach nicht geltend gemacht werden. Wenn der **tatsächliche Hauptvortrag** des Klägers erwiesen ist oder **als wahr unterstellt** und damit vom Gericht zugrunde gelegt wird, besteht kein Anlass, auf das Hilfsvorbringen zurückzugreifen. Der Partei steht es nicht frei, dem Gericht **mehrere miteinander unvereinbare Sachverhalte zu unterbreiten** mit dem Ziel, mit einem davon auch rechtlich durchzudringen. Sie unterliegt vielmehr der Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO und hat den aus ihrer Sicht der Wahrheit entsprechenden Sachverhalt vorzutragen.⁹⁵

Der Kläger, der angegeben hatte, die Beteiligung nicht gezeichnet zu haben, wenn von Risiken geredet worden wäre, denn er sei **überhaupt nicht risikofreudig**, konnte sich daher nicht mit Erfolg hilfsweise die – damit unvereinbare – Behauptung der Beklagten zu eigen machen, ein im Sinne der im Beraterbogen vorgenommenen Klassifizierung **„risikobewusster“ Anleger** („Ertragserwartung über Kapitalmarktzinsniveau, gesteigerte Risikobereitschaft“) gewesen zu sein. Denn das Berufungsgericht hat den Hauptvortrag zugrunde gelegt und die Klage auf dieser Grundlage wegen Verjährung für unbegründet gehalten. Es hat, was der Senat billigt,⁹⁶ angenommen, für einen risikoscheuen Anleger sei es grob fahrlässig i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, dass er die nicht anlegergerechte Beratung nicht gekannt habe; dies beruhe nämlich darauf, dass der Kläger die Beratungsdokumentation gleichsam blind unterschrieben habe, obwohl diese knapp zusammengefasst und allgemeinverständlich wenige Risikohinweise enthalten habe, die besonders hervorgehoben gewesen seien und in engem räumlichen Zusammenhang mit der vom Anleger zu leistenden Unterschrift gestanden hätten.

Für die Berücksichtigung des Hilfsvorbringens, risikobewusst gewesen zu sein, war unter diesen Umständen nach Ansicht des Senats von vornher-

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

ein kein Raum.⁹⁷ Dies führte zur Bestätigung des Urteils des Berufungsgerichts.

b)

Zur ordnungsgemäßen **Risikoaufklärung** des Anlegers bei der Zeichnung von Beteiligungen an **geschlossenen Fonds** und der diesbezüglichen Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast** verhält sich eine Entscheidung des III. Zivilsenats vom 15. August 2019⁹⁸. Dabei hat der Senat seine Rechtsprechung bestätigt⁹⁹, wonach der Anleger, der den **Ersatz entgangener Anlagezinsen** verlangt, darlegen muss, für welche **konkrete Form der Kapitalanlage** er sich **alternativ** entschieden hätte.¹⁰⁰ Zudem befasst sich die Entscheidung mit der **Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten**.

Wie der Senat bekräftigt, trägt der Anleger die Darlegungs- und Beweislast für seine Behauptung, der Emissionsprospekt sei nicht rechtzeitig übergeben worden.¹⁰¹ Der Anlageberater muss diese Behauptung (hier: Übergabe erst in den Zeichnungsterminen) im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren substantiiert bestreiten, d.h. erläutern, von welchen tatsächlichen Umständen er ausgeht.¹⁰² Dem genügt er nach Ansicht des Senats mit der Behauptung, die eingesetzte Mitarbeiterin habe die Prospekte jeweils (mindestens) zwei Wochen vor Zeichnung übergeben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dafür Anhaltspunkte vorgetragen werden wie eine entsprechende **Schulung der Beraterin**, die **Bestätigung des Prospekterhalts** in den jeweiligen Beitrittserklärungen und den unstreitigen Umstand, dass **mehrere Beratungsgespräche** stattgefunden ha-

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 28.

⁹⁸ Urteil vom 15. August 2019 – [III ZR 205/17](#) – juris.

⁹⁹ Urteil vom 16. Mai 2019 – [III ZR 176/18](#) – juris, Rn. 30, vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

¹⁰⁰ Urteil vom 15. August 2019 – [III ZR 205/17](#) – juris, Rn. 40.

¹⁰¹ Urteil vom 15. August 2019 – [III ZR 205/17](#) – juris, Rn. 20, Rn. 47 mit Bezug u.a. auf Urteil vom 10. Januar 2019 – [III ZR 109/17](#) – juris, Rn. 28; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

¹⁰² Urteil vom 15. August 2019 – [III ZR 205/17](#) – juris, Rn. 23.

ben.¹⁰³ Eine weitere Aufklärung bei der nicht mehr als ihre Mitarbeiterin oder Handelsvertreterin tätigen Beraterin, die zwei schriftliche Anfragen zu Inhalt und Ablauf der Beratungsgespräche nicht beantwortet hatte, war der Beklagten nach dem Dafürhalten des Senats nicht zumutbar.¹⁰⁴

Die im Prospekt verwendete **interne Zinsfußmethode (IRR-Methode)** ist nach Ansicht des Senats ein vertretbarer Weg der Renditeberechnung. Den Aufklärungspflichten des Anlageberaters ist genügt, wenn auf die Besonderheiten dieser Berechnungsmethode und insbesondere auf die mangelnde Vergleichbarkeit mit Renditeangaben von einfacher strukturierten Anlagen (z.B. Spareinlagen oder festverzinslichen Wertpapieren) hingewiesen wird.¹⁰⁵

Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte den Vortrag der Beklagten zur rechtzeitigen Prospektübergabe noch als bloßes Bestreiten mit Nichtwissen bzw. „ins Blaue hinein“ bewertet. Dem ist der Senat entgegengetreten. Das Berufungsgericht muss nun erneut prüfen, ob die Beklagte ihren Aufklärungspflichten durch **rechtzeitige Prospektübergabe** genügt hat. Der Senat hebt in diesem Zusammenhang seine Rechtsprechung hervor, wonach die Frage der Rechtzeitigkeit als solche eine rechtliche Bewertung darstellt. Welche Frist seit Empfang des Prospekts bis zum Abschluss des Anlagegeschäfts angemessen und erforderlich ist, damit der Anleger den Prospektinhalt hinreichend zur Kenntnis nehmen kann, hängt danach maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls ab; eine Regelfrist, die nach Prospektübergabe einzuhalten ist, gibt es nicht.¹⁰⁶ Für die Zeichnungsentscheidung zu einem anderen Fonds, der ebenfalls Gegenstand des Rechtsstreits war, hat der Senat eine Frist von zehn Tagen als ausreichend angesehen. Nach Ansicht des Senats kommt es auch nicht darauf an, ob der Anleger den Prospekt tatsächlich gelesen hat. Es liegt im Ver-

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 25.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 26.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 47.

antwortungsbereich des Anlegers zu entscheiden, ob er den Prospekt innerhalb der ihm zur Verfügung stehenden – ausreichenden – Zeit zur Kenntnis nehmen will oder nicht; nimmt er die Informationen nicht zur Kenntnis, geht dies zu seinen Lasten.¹⁰⁷ Die Anschlussrevision, die sich daneben u.a. gegen die Versagung der Befreiung von außergerichtlichen Anwaltskosten gerichtet hatte, blieb danach erfolglos.

c)

Im Rahmen der anleger- und objektgerechten Beratung ist grundsätzlich – auch beim Treugeber, der dem Rückgriff des Treuhandkommanditisten ausgesetzt ist – über das **Risiko des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung** nach § 172 Abs. 4 HGB aufzuklären, und zwar ungeachtet dessen, dass die **Haftsumme nur 10 % der Einlage** beträgt. Das gilt, wie der III. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 05. September 2019¹⁰⁸ hervorhebt, auch dann, wenn im Emissionsprospekt die „Prognose“ gestellt wird, dass „keine Kommanditistenhaftung durch Ausschüttungen auf[lebt].“ Ob sich diese Prognose als zutreffend herausstellen würde, war nach Ansicht des Senats ungewiss, hing dies doch davon ab, ob die in der Prognoserechnung vorausgesetzten Prämissen – entsprechend der geplanten Betriebsdauer und anschließenden Veräußerung der Solaranlage nach zehn Jahren – tatsächlich eintreten. Ebenso wenig ließ sich nach dem Dafürhalten des Senats ausschließen, dass die Gesellschafter höhere Ausschüttungen beschließen, bei einer Veräußerung der Anlage nach einer zehnjährigen Laufzeit Fremdverbindlichkeiten noch bestehen oder aus anderen Gründen nicht planmäßige Verluste entstehen. Demnach war ein Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung nicht ausgeschlossen und damit aufklärungspflichtig.¹⁰⁹

Hält das Gericht Vorbringen der Partei (hier: der Klägerin zur Risikoaufklärung anhand des Emissionsprospekts) für **widersprüchlich**, muss es diese zur Aufklärung der (möglichen) Widersprüche gemäß § 141 Abs. 1

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 37.

¹⁰⁸ Urteil vom 05. September – [III ZR 73/18](#) – juris, Rn. 16 ff.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

Satz 1 ZPO **persönlich anhören** und gegebenenfalls die von ihr zum Verlauf des Beratungsgesprächs angebotenen Beweise erheben.¹¹⁰ Eine Partei ist nicht gehindert, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreits zu ändern, insbesondere zu präzisieren, zu ergänzen oder zu berichtigen, wobei etwa die Prozessentwicklung Anlass geben kann, bisher nur beiläufig Vorgetragenes zu präzisieren. Deswegen darf bei der Beurteilung der Schlüssigkeit eines Vorbringens Tatsachenvortrag nicht allein deswegen unberücksichtigt gelassen werden, weil er sich zu früherem Vorbringen in Widerspruch setzt. Dies gilt erst recht für einen Unterschied zwischen vorgerichtlichen Erklärungen und späterem Prozessvortrag. Vorgerichtliche Äußerungen einer Partei sind dementsprechend generell nicht geeignet, ihrem Prozessvortrag die Beachtlichkeit zu nehmen.¹¹¹

Ohnehin dürfen nach Ansicht des Senats **nicht zu strenge Anforderungen** an die Widerspruchsfreiheit des Vortrags gestellt werden. Bei **Konsistenz des Kernvortrags** der Partei rechtfertigen Widersprüchlichkeiten in **Einzelheiten** es nicht, einen angebotenen Beweis nicht zu erheben. Andernfalls liefe dies im Ergebnis auf eine vorweggenommene Beweiswürdigung hinaus, die im Prozessrecht keine Stütze findet.¹¹²

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung. Die Klägerin hatte ihre Behauptung, von dem Berater anlässlich des vor der Zeichnung der Anlage geführten Gesprächs nicht über das Risiko des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung aufgeklärt worden zu sein, unter Beweis gestellt durch das Zeugnis ihres Ehemanns und des Beraters S. Diesen erheblichen Beweisantritt hat das Berufungsgericht nach der Beurteilung des Senats zu Unrecht als unbeachtlich angesehen, weil es den zugrunde liegenden prozessualen Sachvortrag der Klägerin rechtsfehlerhaft wegen Widersprüchlichkeit zu ihrer außergerichtlichen Einlassung für un schlüssig gehalten hat.¹¹³

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 32.

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 33.

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 21 ff.

d)

Mit der Übernahme von Aktien im Rahmen eines sog. **Delisting-Verfahrens** befasst sich die Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 22. Oktober 2019.¹¹⁴ Im Fall des § 39 Abs. 3 Satz 4 BörsG ist der Bieter zur Zahlung einer Geldleistung verpflichtet, die dem anhand einer Bewertung des Emittenten ermittelten Wert des Unternehmens entspricht. Die Norm setzt voraus, dass „an weniger als einem Drittel der Börsentage Börsenkurse festgestellt“ wurden und kumulativ „**mehrere nacheinander festgestellte Börsenkurse um mehr als 5 Prozent voneinander**“ abweichen. Die Tatbestandsvoraussetzung, dass mehrere nacheinander festgestellte Börsenkurse um mehr als 5 Prozent voneinander abweichen, ist, – wie der Senat nunmehr ausgesprochen hat – nur dann erfüllt, wenn mindestens zwei solcher Kurssprünge eingetreten sind, und zwar unmittelbar nacheinander.¹¹⁵ Nur bei zwei unmittelbar nacheinander folgenden Kurssprüngen in Verbindung mit dem weiteren Umstand, dass Börsenkurse an weniger als einem Drittel der Börsentage festgestellt worden sind, erscheint der Durchschnittsbörsenkurs zufallsgeprägt und bietet keine sachgerechte Grundlage für die Berechnung der Abfindung.¹¹⁶

Die Klage, die auf Zahlung einer über den nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WpÜG ermittelten Sechs-Monats-Durchschnittskurs der Aktie hinausgehenden Abfindung gerichtet war, blieb danach in allen Instanzen erfolglos, weil die Kurssprünge der Aktien im Referenzzeitraum nicht unmittelbar nacheinander erfolgt waren.¹¹⁷ Zudem hat der Senat hervorgehoben, dass die nicht bezifferten Anträge auf Zahlung einer „angemessenen Abfindung“ in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen der im Übernahmeangebot genannten Gegenleistung von 4.554,94 € je Aktie und der Gegenleistung, die dem noch zu ermittelten Wert je Aktie entspricht, wegen fehlender Bestimmtheit

¹¹⁴ Beschluss vom 22. Oktober 2019 – [XI ZR 682/18](#) – juris.

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

¹¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 3.

unzulässig sind.¹¹⁸ Die Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise auf einen ziffernmäßig angegebenen Betrag verzichtet werden kann, sieht der Senat im Fall des § 39 BörsG als nicht erfüllt an.¹¹⁹ Die Revision wurde auf Hinweis nach § 552a ZPO zurückgenommen.

e)

Wie der II. Zivilsenat am 19. November 2019¹²⁰ entschieden hat, müssen einem **Gründungsgesellschafter** oder einem mit ihm wesentlich kapitalmäßig oder personell verflochtenen Unternehmen bereits **gewährte Sondervorteile** im **Emissionsprospekt** auch dann offengelegt werden, wenn sie bereits vor dem Beitritt eines Anlegers erfolgt sind, aber im Zusammenhang mit dem Anlageprojekt stehen.

Zu einem richtigen Bild über die Beteiligung, das der Emissionsprospekt vermitteln muss, gehört nach der Rechtsprechung des Senats auch das Wissen darüber, dass dem Gründungsgesellschafter die konkrete Chance eröffnet wird, zu Lasten des Vermögens der Beteiligungsgesellschaft erhebliche finanzielle Sondervorteile zu erlangen.¹²¹ Der Senat bestätigt, dass einem Gründungsgesellschafter bereits gewährte Sondervorteile im Emissionsprospekt auch dann offengelegt werden müssen, wenn sie bereits vor dem Beitritt eines Anlegers erfolgt sind, aber im Zusammenhang mit dem Anlageprojekt stehen.¹²²

Dass die **Übertragung des Kaufvertrags** über das Fondsschiff von der mit einem Gründungsgesellschafter der Schiffsgesellschaft und des Vertragsreeders verflochtenen Veräußerungsgesellschaft auf die Schiffsgesellschaft vor dem Beitritt des Klägers **bereits vollständig abgewickelt** war, steht damit nach der Beurteilung des Senats der Pflicht zur Offenle-

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 6.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

¹²⁰ Urteil vom 19. November 2019 – [II ZR 306/18](#) – juris.

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 10 mit Bezug u.a. auf Beschlüsse vom 24. Februar 2015 – [II ZR 104/13](#) – juris, Rn. 24; vom 07. Juli 2015 – [II ZR 104/13](#) – juris Rn. 2 f.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2015.

¹²² Urteil vom 19. November 2019 – [II ZR 306/18](#) – juris, Rn. 10.

gung nicht entgegen¹²³. Nach Ansicht des Senats hat der Kläger auch hinreichend konkrete Tatsachen vorgetragen, nach denen die Veräußerungsgesellschaft für die Übertragung des Kaufvertrags auf die Schiffsgesellschaft eine Sonderzuwendung in Gestalt einer „**Adresskommission**“ in Höhe von 700.000 US-\$ erhalten hat¹²⁴. Das Berufungsgericht hatte beide Fragen noch abweichend beurteilt. Dies führte zur Aufhebung der Sache und Zurückverweisung.

f)

Der **Schutzzweck einer Auskunfts- oder Beratungspflicht** ist nicht stets auf den **ersten Erwerb** einer Anlage auf der Grundlage der Empfehlung begrenzt. Es steht den Vertragsparteien frei, auch größere oder unbestimmte Risiken einzugehen. Insofern kann der **Schutzzweck haftungserweiternd** wirken. Deshalb können auch spätere Anlageentscheidungen, die der Anleger auf der Grundlage der pflichtwidrig erteilten Empfehlung, jedoch ohne erneute Beratung/Vermittlung trifft, dem Berater oder Vermittler zuzurechnen sein. Das hat der III. Zivilsenat am 21. November 2019¹²⁵ ausgesprochen.

Der Zurechnungszusammenhang zwischen einer Beratungs- bzw. Auskunftspflichtverletzung und späteren Anlageentscheidungen des Kunden kann fehlen, auch wenn diese adäquat kausal auf die pflichtwidrige Empfehlung zurückzuführen sind. Die Zurechnung erfährt eine Einschränkung beziehungsweise Korrektur durch die **Schutzzwecklehre**, nach der eine Haftung nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen besteht, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde. Auf diese Weise wird dem Erfordernis der **Vorhersehbarkeit des Haftungsrisikos** Rechnung getragen.¹²⁶

¹²³ a.a.O., juris, Rn. 10.

¹²⁴ a.a.O., juris, Rn. 11.

¹²⁵ Urteil vom 21. November 2019 – [III ZR 244/18](#) – juris.

¹²⁶ a.a.O., juris, Rn. 27.

Daraus folgt nach dem Dafürhalten des Senats aber nicht, dass der Schutzzweck einer Auskunfts- oder Beratungspflicht stets auf den ersten Erwerb einer Anlage nach dem Gespräch, in dem die Empfehlung ausgesprochen worden ist, begrenzt wäre. Vielmehr ist der Schutzzweck anhand des konkreten Vertrags im Wege der Auslegung im Einzelfall zu ermitteln. Zwar bestehen im Normalfall einer Anlageberatung, die sich auf die Anlage eines Geldbetrags bezieht, Pflichten nur hinsichtlich dieser konkreten Anlageentscheidung. Nach Ansicht des Senats steht es den Vertragsparteien jedoch frei, auch größere oder unbestimmte Risiken einzugehen. Insofern kann der Schutzzweck sogar haftungserweiternd wirken. Dies kann, wie der Senat ausführt, zum Beispiel dann der Fall sein, wenn ein Interessent um einen Rat für die Anlage nicht lediglich eines (bestimmten) Geldbetrags nachsucht und der Berater in Kenntnis dessen eine Empfehlung abgibt, die sich nicht auf eine einmalige Geldanlage beschränkt, sondern eine fortbestehende Möglichkeit zur wiederholten Anlage noch unbestimmter Geldbeträge umfasst.¹²⁷

Das Berufungsgericht hatte demgegenüber noch angenommen, es liege stets eine den Zurechnungszusammenhang unterbrechende neue Anlageentscheidung vor, wenn der Anleger die empfohlene Beteiligung **später noch ein zweites Mal** eingehe. Der Berater hafte für spätere Anlageentscheidungen des Kunden daher nur dann, wenn dieser ihm Gelegenheit gegeben habe, die ursprünglich gegebene Empfehlung im Rahmen eines neuen Beratungsgesprächs zu überprüfen. Dem hat sich der Senat in dieser Allgemeinheit nicht angeschlossen. Das Berufungsgericht muss nun weitere Feststellungen treffen und sodann unter Berücksichtigung der vom Senat aufgezeigten Maßstäbe erneut beurteilen, ob die neuen Anlageentscheidungen des Klägers jeweils vom Schutzzweck der durch die Beklagte verletzten Pflicht umfasst sind.¹²⁸ Die Beklagte hatte den Kläger, der auf der Suche nach einer Altersversorgung war, Ende 2006 auf die Anlagemöglichkeit bei einem Rechtsanwalt S. hingewiesen, der nebenbei

¹²⁷ a.a.O., juris, Rn. 28.

¹²⁸ a.a.O., juris, Rn. 29.

auch kurzfristige Kapitalanlagen zu guten und individuell auszuhandelnden Festzinsen anbiete. Der Kläger hat daraufhin nach seiner Behauptung im Februar 2007 erstmals die Mindestanlage von 10.000,00 € und zwischen August 2008 und März 2014 insgesamt weitere 200.000,00 € an Rechtsanwalt S. überwiesen. Dieser verstarb im Mai 2014 und hinterließ einen vollkommen überschuldeten Nachlass.

6.-9.

Factoring/Leasing, Geldwäsche, Bankenaufsicht, Steuerliche Bezüge

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

10.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

a)

Der Beschluss des Prozessgerichts über die **öffentliche Bekanntmachung** eines gemäß § 2 KapMuG gestellten **Musterverfahrensanspruchs im Klageregister** ist gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 KapMuG selbst dann unanfechtbar, wenn der Rechtsmittelführer geltend macht, der Anwendungsbereich des Gesetzes (§ 1 Abs. 1 KapMuG) sei nicht eröffnet. Das hat der XI. Zivilsenat am 30. April 2019¹²⁹ entschieden.

Die Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 1 KapMuG bestimmt, dass das Prozessgericht einen zulässigen Musterverfahrensanspruch im Klageregister durch unanfechtbaren Beschluss öffentlich bekannt macht. Damit ist die Anfechtbarkeit des Bekanntmachungsbeschlusses ausgeschlossen. Der Gesetzgeber überlässt die Entscheidung, ob der Musterverfahrensanspruch statthaft und auch sonst zulässig ist, mithin zunächst ohne weitere Überprüfungsmöglichkeit dem jeweiligen Prozessgericht. Das ist nach Ansicht des Senats in diesem Stadium des Verfahrens hinzunehmen, weil gegen

¹²⁹ Beschluss vom 30. April 2019 – [XI ZB 1/17](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung [XI ZB 13/18](#) vom gleichen Tag sowie [XI ZB 36/17](#) vom 25. Juni 2019.

erstinstanzliche Aussetzungsentscheidungen eine zeitlich versetzte Rechtsschutzmöglichkeit gegeben ist. Denn im Zuge der Novellierung des KapMuG hat der Gesetzgeber den vormals in § 7 Abs. 1 Satz 4 KapMuG a.F. normierten Anfechtungsausschluss aufgehoben, so dass die Aussetzungsentscheidung des erstinstanzlichen Prozessgerichts nunmehr gemäß § 252, § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO der **sofortigen Beschwerde** unterliegt. Mit ihr kann auch geltend gemacht werden, dass das ausgesetzte Verfahren nicht in den Anwendungsbereich des KapMuG fällt.¹³⁰ Die regelmäßig maximal sechs Monate (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 KapMuG) dauernde Verzögerung des Verfahrens, die mit der Unterbrechung durch die Bekanntmachung einhergeht, ist in Anbetracht der vom Gesetzgeber mit dem Anfechtungsausschluss nach § 3 Abs. 2 Satz 1 KapMuG verfolgten Rechtsklarheit und Verfahrensbeschleunigung bei Ermittlung des Quorums für den Erlass eines Vorlagebeschlusses gemäß § 6 Abs. 1 KapMuG hinzunehmen.¹³¹

Die gegen den Bekanntmachungsbeschluss des Landgerichts gerichtete sofortige Beschwerde mit dem Ziel, dessen Aufhebung und die Verwerfung des Musterverfahrensantrages als unzulässig zu erreichen, war danach **unstatthaft**, was das Oberlandesgericht ebenso beurteilt hatte. Die gegen den Verwerfungsbeschluss zugelassene Rechtsbeschwerde war wegen des gesetzlich angeordneten Anfechtungsausschlusses ebenfalls unstatthaft; eine nach dem Gesetz unanfechtbare Entscheidung kann nicht durch den Ausspruch eines Gerichts der Anfechtung unterworfen werden.¹³²

¹³⁰ Beschluss vom 30. April 2019 – [XI ZB 1/17](#) – juris, Rn. 15; eine solche Konstellation betreffen die nachfolgend referieren Senatsbeschlüsse vom 30. April 2019 – [XI ZB 13/18](#), [XI ZB 14/18](#), [XI ZB 15/18](#).

¹³¹ Beschluss vom 30. April 2019 – [XI ZB 1/17](#) – juris, Rn. 16.

¹³² a.a.O., juris, Rn. 10.

b)

Nach dem Beschluss des XI. Zivilsenats vom 30. April 2019¹³³ ist der **Anwendungsbereich des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes** gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG nur dann eröffnet, wenn die öffentliche Kapitalmarktinformation als **Mittel der schriftlichen Aufklärung** verwendet worden ist. Dafür muss sie dem Kapitalanleger so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss übergeben worden sein, dass ihr Inhalt noch rechtzeitig zur Kenntnis genommen werden konnte.

Zudem stärkt der Senat die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine Aussetzungsentscheidung. Der verfassungsrechtliche Grundsatz effektiven Rechtsschutzes erfordert nach seinem Beschluss eine Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, nach der eine **Aussetzung** nur dann in Betracht kommt, wenn sich das Prozessgericht bereits die Überzeugung (§ 286 ZPO) gebildet hat, dass es auf dort statthaft geltend gemachten Feststellungsziele für den Ausgang des Rechtsstreits konkret ankommen wird. Das gilt auch dann, wenn hierzu eine Beweisaufnahme durchzuführen ist. Vor der Aussetzungsentscheidung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG demgegenüber offenbleiben müssen nicht nur die im Musterverfahren statthafte Feststellungsziele, sondern auch solche Tatsachen oder Rechtsfragen, die nur auf diese bezogen geprüft werden können. Das Prozessgericht ist nicht gehalten, hierzu vor seiner Aussetzungsentscheidung hypothetische Erwägungen anzustellen.

Die vom Gesetzgeber beabsichtigte „moderate“ Erweiterung des Anwendungsbereichs des KapMuG auf Schadensersatzansprüche wegen Verwendung einer falschen oder irreführenden öffentlichen Kapitalmarktinformation hat nach der Beurteilung des Senats nichts daran geändert, dass die **öffentliche Kapitalmarktinformation als solche** und **nicht der Inhalt eines individuell geführten mündlichen Aufklärungsgesprächs** Voraussetzung des vertraglichen oder vorvertraglichen Anspruchs sein

¹³³ Beschluss vom 30. April 2019 – [XI ZB 13/18](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidungen [XI ZB 14/18](#), [XI ZB 15/18](#) vom gleichen Tag.

muss. Nur unter dieser Voraussetzung können überhaupt Fragen aufgeworfen werden, die in einem Musterverfahren verallgemeinerungsfähig geklärt werden können. Danach ist der Anwendungsbereich des Gesetzes vielmehr nur dann eröffnet, wenn die öffentliche Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung verwendet worden ist. Dafür muss sie dem Kapitalanleger so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss übergeben worden sein, dass ihr Inhalt noch rechtzeitig zur Kenntnis genommen werden konnte. Ob eine mündliche Beratung pflichtwidrig erfolgt ist, kann, auch wenn der Prospekt dem Anlageberater oder -vermittler als Arbeitsgrundlage für das mit dem Anlageinteressenten geführte Gespräch gedient hat, nur individuell geklärt werden.¹³⁴

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Aussetzung nach § 8 Abs. 1 KapMuG ferner unzulässig, wenn der Rechtsstreit bereits unabhängig von den Feststellungszielen auf geklärt Tatsachengrundlage ohne weitere Beweiserhebung entscheidungsreif ist, beispielsweise wegen anderweitiger Rechtshängigkeit des Streitgegenstands oder Verjährung der geltend gemachten Ansprüche.¹³⁵ Das Tatbestandsmerkmal der Abhängigkeit von den geltend gemachten Feststellungszielen als Voraussetzung der Aussetzung des Rechtsstreits ist, wie der Senat nunmehr ausspricht und dadurch einen Meinungsstreit in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur entscheidet, dahin auszulegen, dass es auf dort statthaft geltend gemachte Feststellungsziele für den Ausgang des Rechtsstreits **konkret** ankommen muss. Hiervon muss sich das Prozessgericht die Überzeugung (§ 286 ZPO) bilden, gegebenenfalls durch eine **Beweisaufnahme**. Dem Ansatz, die Abhängigkeit **abstrakt** zu beurteilen, erteilt der Senat damit eine Absage. Der Rechtsstreit hängt seiner Ansicht nach i.S.d. § 8 Abs. 1 KapMuG erst dann von den Feststellungszielen des Musterverfahrens ab, wenn nur noch Tatsachen oder Rechtsfragen offen sind, die unabhängig vom Ausgang des Musterverfahrens

¹³⁴ Beschluss vom 30. April 2019 – [XI ZB 13/18](#) – juris, Rn. 17.

¹³⁵ a.a.O., juris, Rn. 20 mit Bezug u.a. auf Beschlüsse vom 02. Dezember 2014 – [XI ZB 17/13](#) – juris, Rn. 13; vom 28. Januar 2016 – [III ZB 88/15](#) – juris, Rn. 14; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2016.

nicht beantwortet werden können.¹³⁶ Nach seinem Dafürhalten ist es dem Rechtsuchenden nicht zuzumuten, dass sein individueller Rechtsstreit ausgesetzt wird und er unabsehbare Zeit auf das Ergebnis des oft jahrelang dauernden Musterverfahrens warten muss, obwohl nicht feststeht, dass es auf den Ausgang des Musterverfahrens in seinem Prozess tatsächlich ankommt. Neben der reinen Verzögerung kann er erhebliche Rechtsnachteile in der Beweisführung dadurch erleiden, dass Zeugen verstorben sind oder sich wegen des Zeitablaufs nicht mehr genau an den Sachverhalt erinnern können.¹³⁷

Dies führte zur Aufhebung des vom Beschwerdegericht noch bestätigten Aussetzungsbeschlusses. Nach der Beurteilung des Senats hätte das Prozessgericht für die Aussetzungsentscheidung nicht ungeklärt lassen dürfen, ob zwischen den Parteien ein Anlageberatungs- oder Auskunftsvertrag zustande gekommen ist und ob die Beklagte, falls ein solcher Vertrag besteht, nicht bereits unabhängig von den im Musterverfahren streitgegenständlichen Prospektfehlern deshalb haftet, weil sie die Klägerin über die Höhe der von ihr vereinnahmten Rückvergütungen unzutreffend unterrichtet hat.¹³⁸ Dass kumulativ solche individuellen Beratungsfehler ohne Bezug zu einer veröffentlichten Kapitalmarktinformation geltend gemacht werden, führt zwar nicht dazu, dass der Klageanspruch insgesamt aus dem Anwendungsbereich des KapMuG fällt.¹³⁹ Sie stehen aber einer Aussetzung entgegen, solange nicht feststeht, dass sie der Klage nicht unabhängig von den statthaften Feststellungszielen zum Erfolg verhelfen.¹⁴⁰ Das gilt auch dann, wenn sie **in unzulässiger Weise zum Gegenstand eines Feststellungsziels** des maßgeblichen Vorlagebeschlusses geworden sind.¹⁴¹

¹³⁶ Beschluss vom 30. April 2019 – [XI ZB 13/18](#) – juris, Rn. 24 ff., Rn. 28.

¹³⁷ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹³⁸ a.a.O., juris, Rn. 11.

¹³⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 32.

¹⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 33.

Vor der Aussetzungsentscheidung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG demgegenüber **offenbleiben** müssen demgegenüber nicht nur die im Musterverfahren **statthaften Feststellungsziele**, sondern auch solche **Tatsachen oder Rechtsfragen, die nur auf diese bezogen geprüft werden können**. Das Prozessgericht ist nicht gehalten, hierzu vor seiner Aussetzungsentscheidung hypothetische Erwägungen anzustellen. Das betrifft etwa die Frage, ob eine Unrichtigkeit des Prospekts vorliegt und gegebenenfalls welche, sowie ferner, ob den Berater hierauf bezogen ein Verschulden trifft, der Prospektfehler für die Anlageentscheidung kausal geworden ist oder die kenntnisabhängige Verjährung eingreift. Diese Punkte lassen sich nach Ansicht des Senats erst konkret prüfen, wenn ein bestimmter Prospektfehler feststeht.¹⁴²

c)

Die einen **Antrag auf Erweiterung des Musterverfahrens zurückweisende Entscheidung** des Oberlandesgerichts ist **unanfechtbar** und unterliegt daher nicht der Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht. Das hat der II. Zivilsenat am 01. Oktober 2019¹⁴³ entschieden und damit an seinem Beschluss vom 10. Juli 2018¹⁴⁴ festgehalten.

Der Rechtsschutz gegen die Entscheidungen des Oberlandesgerichts ist im Verfahren nach dem KapMuG nach § 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG gegen den Musterentscheid dann eröffnet, wenn das Gesetz die Entscheidung nicht für unanfechtbar erklärt und das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde nach § 3 Abs. 1 EGZPO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO zugelassen hat. Obwohl das Gesetz **keine ausdrückliche Regelung** zur Anfechtbarkeit der Entscheidung über den **Antrag auf Erweiterung des Musterverfahrens** nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KapMuG enthält, geht der Senat davon aus, dass die den Antrag zurückweisende Entscheidung des Oberlandesgerichts einer Anfechtung entzogen ist.¹⁴⁵ Das folgt für den

¹⁴² a.a.O., juris, Rn. 34.

¹⁴³ Beschluss vom 01. Oktober 2019 – [II ZB 23/18](#) – juris.

¹⁴⁴ Beschluss vom 10. Juli 2018 – [II ZB 24/14](#) – juris, Rn. 140 f.

¹⁴⁵ Beschluss vom 01. Oktober 2019 – [II ZB 23/18](#) – juris, Rn. 4.

Senat aus dahingehenden Ausführungen in der **Gesetzesbegründung** und dem Gebot der **Beschleunigung des Musterverfahrens**, das es erfordert, Streitigkeiten in Zwischenverfahren über den Umfang der Feststellungsziele abzuschneiden.¹⁴⁶ Die zu dieser Frage zugelassene **Rechtsbeschwerde** erwies sich danach als **unstatthaft**.¹⁴⁷

d)

Ob eine **vorprozessuale anwaltliche Zahlungsaufforderung** eine **Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG** auslöst oder als der Vorbereitung der Klage dienende Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RVG zum Rechtszug gehört und daher mit der Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG abgegolten ist, ist eine Frage der Art und des Umfangs des im Einzelfall erteilten Mandats. Erteilt der Mandant den unbedingten Auftrag, im gerichtlichen Verfahren tätig zu werden (vgl. Vorbem. 3 Abs. 1 Satz 1 VV RVG), lösen bereits Vorbereitungshandlungen die Gebühren für das gerichtliche Verfahren aus, und zwar auch dann, wenn der Anwalt zunächst nur außergerichtlich tätig wird. Für das Entstehen der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ist dann kein Raum mehr. Anders liegt es, wenn sich der Auftrag nur auf die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts beschränkt oder der Prozessauftrag jedenfalls unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wird, dass zunächst vorzunehmende außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos bleiben. Ein lediglich (aufschiebend) bedingt für den Fall des Scheiterns des vorgerichtlichen Mandats erteilter Prozessauftrag steht der Gebühr aus Nr. 2300 VV RVG nicht entgegen.¹⁴⁸

Karlsruhe, 18. März 2020

Dr. Peter Rädler

Dr. Katja Lembach

¹⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 5.

¹⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁴⁸ Urteil vom 15. August 2019 – [III ZR 205/17](#) – juris, Rn. 43.