

## **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 1. Halbjahr 2018**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof  
Dr. Peter Rädler, LL.M. (Cantab), Karlsruhe

Nachstehend haben wir die im 1. Halbjahr 2018 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst<sup>1</sup>. Berücksichtigt sind die bis zum 10. Juli 2018 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 1. Halbjahr 2018 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.

Hervorzuheben sind die folgenden Entscheidungen:

- Mit Urteil vom 20. Februar 2018 (– XI ZR 445/17 –) hat der Bundesgerichtshof die mit dem Schadenersatz statt der Leistung verbundenen Ansprüche nach einer verzugsbedingten außerordentlichen Kündigung eines Unternehmerdarlehensvertrages geklärt (Newsletter, S. 14 f.);

---

<sup>1</sup> 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](#)“.

- der Hinweisbeschluss des Bundesgerichtshofs vom 23. Januar 2018 (– XI ZR 298/17 –) enthält eine Zusammenfassung der Grundsätze für die Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen (Newsletter, S. 22);
- aus dem Bereich des Kapitalanlagerechts ist das Urteil des XI. Zivilsenats vom 12. Dezember 2017 (– XI ZR 552/16 –) zur Haftung der Bank wegen behaupteter Beratungsfehler im Zusammenhang mit der Beteiligung an einer Fondsgesellschaft zu nennen (Newsletter, S. 30);
- die Entscheidung des II. Zivilsenats vom 06. Februar 2018 (– II ZR 17/17 –) enthält eine Klärung zum „kleinen Schadenersatz“ anstelle der Rückabwicklung einer Beteiligung als Haftung für den Vertrauensschaden bei unrichtigen Prospektangaben (Newsletter, S. 35 f.).

## 1.

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

#### **a)**

**Vorformulierte Vertragsbedingungen**, die dem Darlehensnehmer die Wahl zwischen einer **Darlehensvariante ohne „Bearbeitungsprovision“** zu marktüblichem Zins und einer **Darlehensvariante mit „Bearbeitungsprovision“** zu einem günstigeren Zinssatz eröffnen, stellen grundsätzlich noch **keine Individualabrede** dar. Vielmehr muss auch hier der Vertragspartner des Klauselverwenders Gelegenheit erhalten, **alternativ eigene**

**Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung** einzubringen. Das hat der XI. Zivilsenat am 13. März 2018<sup>2</sup> im Anschluss an ein Urteil des IV. Zivilsenats vom 15. Februar 2017 entschieden.<sup>3</sup>

In Ergänzung zu seinen Urteilen vom 04. Juli 2017<sup>4</sup> hat der Senat ferner am 17. April 2018<sup>5</sup> ausgesprochen, dass die in Darlehensurkunden eines Kreditinstituts für Kreditverträge mit Unternehmern enthaltene formularmäßige Klausel zu einer „**Bearbeitungsgebühr**“ auch dann nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der richterlichen **Inhaltskontrolle** unterliegt und gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB **unwirksam** ist, wenn es sich um einen **Avalkredit** handelt.

Für ein **Aushandeln** i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ist es erforderlich, dass der Verwender die betreffende Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und sich deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung der Klausel bereit erklärt.<sup>6</sup> Die Eröffnung einer **Wahlmöglichkeit zwischen mehreren vorformulierten Vertragsbedingungen** begründet danach grundsätzlich noch keine Individualabrede. Vielmehr muss auch hier der Vertragspartner des Klauselverwenders Gelegenheit erhalten, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung einzubringen. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der Klauselverwender für jede der Alternativen ein gesondertes Formular benutzt, alle Alternativen in einem Formular abdruckt und den Kunden die gewünschte Klausel kennzeichnen lässt oder die Wahl zwischen mehreren vorgegebenen Alternativen durch Eintragung in dafür vorgesehene Leerräume des Formulars erfolgt.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> [XI ZR 291/16](#) – juris.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 15. Februar 2017 – [IV ZR 91/16](#) – WM 2017, 517 – juris, Rn. 9.

<sup>4</sup> [XI ZR 562/15](#) – WM 2017, 1643 und [XI ZR 233/16](#) – WM 2017, 1652; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017.

<sup>5</sup> [XI ZR 238/16](#) – juris; vgl. auch die Urteile vom gleichen Tag in den Parallelverfahren [XI ZR 213/16](#), [XI ZR 214/16](#) und [XI ZR 234/16](#) bis [XI ZR 236/16](#).

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 13. März 2018 – [XI ZR 291/16](#) – juris, Rn. 15.

<sup>7</sup> BGH, a.a.O., Rn. 16.

Eine Individualvereinbarung liegt nach diesen Maßstäben insbesondere nicht vor, wenn dem Darlehensnehmer, wie im Verfahren XI ZR 291/16, (lediglich) die Wahl zwischen einer Darlehensvariante ohne „Bearbeitungsprovision“ zu marktüblichem Zins einerseits und einer Darlehensvariante zu einem um 0,8 % p.a. günstigeren Zinssatz, ohne Bereitstellungsprovision, mit Sondertilgungsrecht und mit „Bearbeitungsprovision“ andererseits eröffnet wird.<sup>8</sup>

Nichts anderes gilt, wenn der Darlehensnehmer bei später abgeschlossenen Darlehensverträgen **in Kenntnis** der beiden von der Bank angebotenen Darlehensvarianten von vornherein ausdrücklich um die Gewährung eines Darlehens mit kostenlosem Sondertilgungsrecht und „Bearbeitungsprovision“ bittet.<sup>9</sup> Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind auch dann – was bei Verbraucherverträgen gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB widerleglich vermutet wird – **von der Bank „gestellt“**, wenn dem Kunden aus früheren Abschlüssen bekannt ist, dass diese **nur zwei vorformulierte Darlehensvarianten anbietet** und er, ohne sich nicht erneut über die angebotenen Vertragsvarianten aufklären zu lassen, **von vornherein eine der beiden Varianten anspricht**.<sup>10</sup>

Von der Bank **vorformulierte Vertragsbedingungen** hat der Senat auch im Verfahren XI ZR 238/16 erkannt, obwohl sich das Bearbeitungsentgelt in den **acht Darlehensverträgen hinsichtlich des Betrags unterschied**. Seiner Ansicht nach ist es unerheblich, ob bei Abschluss von Darlehensverträgen regelmäßig ein Bearbeitungsentgelt in Höhe festgelegter Prozentsätze verlangt oder das Entgelt im Einzelfall anhand der Daten des konkreten Darlehensvertrages **nach bestimmten Vorgaben errechnet** wird.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> BGH, a.a.O., Rn. 17.

<sup>9</sup> BGH, a.a.O., Rn. 18.

<sup>10</sup> BGH, a.a.O., Rn. 21.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 17. April 2018 – [XI ZR 238/16](#) – juris, Rn. 12 f.; vgl. dazu auch die nachfolgend referierte Entscheidung BGH, Urteil vom 5. Juni 2018 – [XI ZR 790/16](#) – juris, Rn. 31.

Weil sich der Verwender von sich aus deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären und dabei den **gesetzesfremden Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellen** muss,<sup>12</sup> hat der Senat auch im Verfahren XI ZR 238/16 kein Aushandeln feststellen können. Dort fehlte es daran, dass die Beklagte die Bearbeitungsgebühr als solche zur Disposition gestellt hat. Dass die Bearbeitungsgebühr nicht in allen acht streitgegenständlichen Darlehensverträgen gleich hoch war, ließ für ihn allenfalls auf eine Verhandlungsbereitschaft der Beklagten zur Höhe der Gebühr, nicht aber hinsichtlich deren Anfalls schließen.<sup>13</sup>

Die die „Bearbeitungsprovision“ betreffende Klausel unterliegt, wie der Senat erneut bekräftigt, als **kontrollfähige Preisnebenabrede** der Inhaltskontrolle und hält dieser, auch im Verkehr mit Unternehmern, nicht stand.<sup>14</sup> Das gilt auch bei einer Vertragsgestaltung, die dem Darlehensnehmer alternativ die Inanspruchnahme eines **Kontokorrentkredits** oder von **Termingeldern** ermöglicht.<sup>15</sup>

Dass der als **Unternehmer** handelnde Darlehensnehmer das Darlehen in Form von **Avalen** nutzen darf, rechtfertigt nach dem Dafürhalten des Senats keine andere Beurteilung. Denn die **Hauptleistungspflicht** des Kunden im Rahmen eines Avalkreditvertrages, der einen **Geschäftsbesorgungsvertrag** i.S.d. § 675 BGB darstellt, besteht in der Verpflichtung zur Zahlung einer Avalprovision. Die im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags weiter bestehende Verpflichtung des Kunden zum **Aufwendungsersatz** umfasst ebenfalls nicht die Zahlung eines Bearbeitungsentgelts.<sup>16</sup> Die Klausel ist damit auch im Rahmen eines Avalkreditvertrags

---

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 17. April 2018 – [XI ZR 238/16](#) – juris, Rn. 15.

<sup>13</sup> BGH, a.a.O., Rn. 16.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 13. März 2018 – [XI ZR 291/16](#) – juris, Rn. 22 f.; Urteil vom 17. April 2018 – [XI ZR 238/16](#) – juris, Rn. 17 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 5. Juni 2018 – [XI ZR 371/16](#) – juris, Rn. 16.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 17. April 2018 – [XI ZR 238/16](#) – juris, Rn. 23.

<sup>16</sup> BGH, a.a.O., Rn. 24.

unwirksam, weil das Kreditinstitut auch insoweit **Kosten, die der Erfüllung seiner Hauptleistungspflicht dienen**, auf den Kunden abwälzt.<sup>17</sup>

Im Verfahren XI ZR 238/16 führte dies zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung, damit Feststellungen zur rechtzeitigen Hemmung der Verjährung getroffen werden können.<sup>18</sup> Das Berufungsgericht hatte einen Anspruch des Klägers, der die Darlehensverträge als **im Immobilienbereich tätiger Unternehmer** geschlossen habe, auf Rückzahlung der Bearbeitungsgebühr noch mit der Begründung verneint, die streitige Klausel, die eine einmalige, sofort fällige, nicht laufzeitabhängige Bearbeitungsgebühr vorsieht, sei wirksam.

Im Verfahren XI ZR 291/16 kann der klagende Darlehensnehmer nach der vom Senat bestätigten Beurteilung des Berufungsgerichts **Rückerstattung der „Bearbeitungsprovision“** nebst **Nutzungersatz nach § 818 Abs. 1 BGB** verlangen. Bei Zahlungen an eine Bank besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Bank Nutzungen im Wert des **üblichen Verzugszinses** gezogen hat, die sie als Nutzungersatz herausgeben muss. Diese in beide Richtungen widerlegliche Vermutung knüpft normativ spiegelbildlich an die Regelungen an, die die von den Banken beanspruchbaren Verzugszinsen normieren. Bei **Immobilienkreditverträgen** beträgt dieser Zinssatz **2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz** (§ 497 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 503 Abs. 2 BGB).<sup>19</sup> Dies führte in vollem Umfang zur Bestätigung des Berufungsurteils.

## b)

Nach einer Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 20. März 2018<sup>20</sup> ist die in den **Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Sparkasse** enthaltene Bestimmung

---

<sup>17</sup> BGH, a.a.O., Rn. 27.

<sup>18</sup> BGH, a.a.O., Rn. 29.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 13. März 2018 – [XI ZR 291/16](#) – juris, Rn. 35 f.

<sup>20</sup> [XI ZR 309/16](#).

„Nummer 11 Aufrechnung und Verrechnung

(1) Aufrechnung durch den Kunden

Der Kunde darf Forderungen gegen die Sparkasse nur insoweit aufrechnen, als seine Forderungen unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind."

im **Verkehr mit Verbrauchern** gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB **unwirksam**.

In der Vergangenheit hatte der Bundesgerichtshof mehrfach entschieden, dass die Einschränkungen der Aufrechnungsbefugnis des Kunden in Nr. 11 Abs. 1 AGB-Sparkassen, mit der die angegriffene Klausel wörtlich übereinstimmt, und in Nr. 4 AGB-Banken einer insbesondere an § 309 Nr. 3 BGB (früher: § 11 Nr. 3 AGBG) orientierten Inhaltskontrolle standhalten.<sup>21</sup> Daran hält der Senat nach erneuter Überprüfung nicht mehr fest. Die Klausel erfasst aufgrund ihrer offenen Formulierung auch solche Forderungen, die dem Verbraucher im Rahmen des von § 355 Abs. 3 Satz 1, § 357a BGB geregelten **Rückabwicklungsverhältnisses** erwachsen und mit denen er gegen Ansprüche der Bank aufrechnen kann. Hierin liegt nach Ansicht des Senats eine **unzulässige Erschwerung des Widerrufsrechts**, die sich weder mit dem Schutz von Kreditinstituten gegen die Aufrechnung mit erdichteten oder sonstigen unbegründeten Gegenforderungen durch zahlungsunfähige oder unwillige Kunden noch mit möglichen Verpflichtungen der Sparkassen im Verhältnis zur Deutschen Bundesbank rechtfertigen lässt.

Die Klausel zwingt den Verbraucher, seine Ansprüche aus dem Rückabwicklungsverhältnis **aktiv im Klagewege** geltend zu machen, und beschränkt seine Verteidigungsmöglichkeiten gegen eine seitens des Kreditinstituts erhobene Klage auf die Erhebung einer **Widerklage**. In diesem Falle kann sich der Verbraucher allein schon im Hinblick auf die erhaltene Darlehensvaluta mit einer erheblichen Forderung des Kreditinstituts kon-

---

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 20. März 2018 – [XI ZR 309/16](#) – juris, Rn. 14.

frontiert sehen, ohne dass ihm die Möglichkeit offen steht, diese Forderung aktiv im Wege der Aufrechnung zu vermindern. Da der Anfall von **Verzugs- und Prozesszinsen** nicht durch § 361 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist, kann sich der Verbraucher auch solchen Ansprüchen ausgesetzt sehen; aufgrund des Aufrechnungsverbots wäre es ihm unmöglich, durch die sogar rückwirkende (§ 389 BGB) **Tilgung der Hauptforderung** den Anfall solcher Zinsen wenigstens **anteilmäßig zu verhindern**. Die genannten nachteiligen Auswirkungen der angefochtenen Klausel können den Verbraucher von der Ausübung seines Widerrufsrechts abhalten bzw. die praktische Durchsetzung seiner Forderung erschweren, weshalb in der Vereinbarung dieses Aufrechnungsverbots eine nach **§ 361 Abs. 2 Satz 1 BGB unzulässige Abweichung von Vorschriften des Verbraucherschutzrechts** liegt, so dass die angefochtene Klausel zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden führt.<sup>22</sup>

Der Senat hat damit – wie das Landgericht und entgegen der Vorinstanz – einen Anspruch des klagenden Verbraucherschutzverbands auf Unterlassung der weiteren Verwendung der angegriffenen Klausel gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG bejaht. Dies führte weitgehend zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.<sup>23</sup> Lediglich das vom Landgericht ausgesprochene Verbot, ein Entgelt mit Bezug auf diese Klausel und/oder eine inhaltsgleiche Klausel gegenüber Verbrauchern zu verlangen, konnte keinen Bestand haben, weil ein Entgelt in der Klausel nicht festgesetzt wird.<sup>24</sup>

**c)**

Die von einer Bank in Darlehensverträgen mit einem **variablen Zinssatz** verwendeten **vorformulierten Klauseln**

---

<sup>22</sup> BGH, a.a.O., Rn. 19.

<sup>23</sup> BGH, a.a.O., Rn. 22 f.

<sup>24</sup> BGH, a.a.O., Rn. 24.



„Zinscap-Prämie: ...% Zinssatz p.a. ...% variabel\*

\*) Bis zum ... beträgt der Zinssatz mindestens ...p.a. und höchstens ...p.a.

Die oben angeführte Zinscap-Prämie ist sofort fällig.“

und

„Zinssicherungsgebühr: ...% Zinssatz p.a. ...% variabel\*

\*) Bis zum ... beträgt der Zinssatz mindestens ...p.a. und höchstens ...p.a.

Die oben angeführte Zinscap-Prämie ist sofort fällig.“

sind **im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern unwirksam**. Das hat der XI. Zivilsenat am 05. Juni 2018<sup>25</sup> entschieden.

Die zu beurteilenden Klauseln sehen die Erhebung einer Zinscap-Prämie bzw. einer Zinssicherungsgebühr bei Darlehensverträgen mit einem variablen Zinssatz vor, bei denen für einen bestimmten Zeitraum neben einer Zinsuntergrenze auch eine Zinsobergrenze vereinbart wird. Sie bewirken, dass sich der Zinssatz nur innerhalb dieses Zinskorridors (sog. Zinscollar) bewegen kann.

Die Klauseln sind nach Ansicht des Senats ungeachtet dessen **vorformuliert**, dass die Angaben über die Höhe der Zinscap-Prämie bzw. der Zinssicherungsgebühr, des variablen Zinssatzes, der Zinsober- und Zinsuntergrenze sowie der Laufzeit jeweils durch **Ausfüllen der betreffenden Leerräume** zu ergänzen sind. Für das Vorformulieren genügt es, wenn einzufügende Angaben – wie im Streitfall – vom Verwender beim Abschluss bestimmter Verträge regelmäßig verlangt bzw. von ihm anhand der Daten des individuellen Vertrages **nach bestimmten Vorgaben errechnet** und sodann in den Vertrag einbezogen werden.<sup>26</sup>

Die Klauseln sind auch nicht bereits dann **individuell ausgehandelt**, wenn der Kunde die Möglichkeit hat, mit dem ihn betreuenden Mitarbeiter der Bank über die **Höhe der Cap-Prämie**, den Darlehenszins oder die

<sup>25</sup> [XI ZR 790/16](#) – juris.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 05. Juni 2018 – [XI ZR 790/16](#) – juris, Rn. 31.

Höhe der Zinsober- und Zinsuntergrenze zu verhandeln und für sich entsprechende abweichende Konditionen zu erreichen. Dass die Bank bereit ist, über den konkreten Inhalt einzelner Vertragskonditionen im Einzelfall mit sich reden zu lassen, rechtfertigt nach dem Dafürhalten des Senats nicht die Annahme, sie sei bereit gewesen, den Kerngehalt der streitigen Klauseln, nämlich die Laufzeitunabhängigkeit der Prämie bzw. Gebühr oder dieses Entgelt als solches, zur Disposition zu stellen.<sup>27</sup>

Die angegriffenen Klauseln unterliegen nach der Bewertung des Senats gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der **Inhaltskontrolle**.<sup>28</sup> Sie sind seiner Ansicht nach so zu verstehen, dass sie mit der Vereinbarung eines variablen Zinssatzes nebst Festlegung einer Zinsober- und -untergrenze eine Regelung über die Zinshöhe treffen und zugleich in Gestalt der Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr ein **zusätzliches, laufzeitunabhängiges (Teil-)Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta** vorsehen.<sup>29</sup> Ein für die Vereinbarung einer (isolierten) **Zinsobergrenze** erhobenes **Entgelt** dient aus der Sicht eines Durchschnittskunden dazu, der Bank einen **Ausgleich** für den Fall zu verschaffen, dass der variable Zins die Zinsobergrenze überschreitet und ihr damit **Zins(mehr)einnahmen** entgehen.<sup>30</sup> Die streitige Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr ist nach der maßgeblichen **kundenfeindlichsten Auslegung** laufzeitunabhängig ausgestaltet, denn sie ist bei Vertragsschluss sofort fällig, ohne dass in den angegriffenen Klauseln eine **anteilige Erstattung im Falle vorzeitiger Vertragsbeendigung** vorgesehen ist.<sup>31</sup>

Nach Maßgabe dieses Klauselverständnisses unterliegen die angegriffenen Bestimmungen der Inhaltskontrolle, weil sie gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung treffen. Denn sie sehen in Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 488 Abs. 1

---

<sup>27</sup> BGH, a.a.O., Rn. 34.

<sup>28</sup> BGH, a.a.O., Rn. 35 f.

<sup>29</sup> BGH, a.a.O., Rn. 38.

<sup>30</sup> BGH, a.a.O., Rn. 40.

<sup>31</sup> BGH, a.a.O., Rn. 42.

Satz 2 BGB in Gestalt der Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr ein laufzeitunabhängiges (Teil-) Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta vor.<sup>32</sup> Aus dem gleichen Grund benachteiligen sie die Kunden der Bank entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen.<sup>33</sup>

Die Unterlassungsklage des Verbraucherschutzvereins (§ 4 UKlaG) hatte damit Erfolg. Das Berufungsgericht hatte die Klauseln ebenfalls als unwirksam angesehen.

## 2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

### a)

Ein **Darlehensvertrag**, der durch die Bestellung eines **Pfandrechts an einem Inhabergrundschuldbrief** gesichert wird, fällt nicht unter die **Ausnahmeregelung des § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB** a.F. (jetzt: § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB).

Ein **Verbraucherdarlehensvertrag**, der auf Grund einer **formunwirksam erteilten Vollmacht** geschlossen wurde, kann unter den Voraussetzungen des § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB **geheilt** werden.

Wird das Darlehen an den **vollmachtlosen Vertreter als Empfangsbotten** ausbezahlt, ist der Verbraucherdarlehensvertrag erst dann geheilt, wenn jener die **Darlehensvaluta mit dessen Einverständnis** an den Darlehensnehmer weiterleitet oder aufgrund einer neuen **Weisung des Darlehensnehmers** über sie disponiert.

---

<sup>32</sup> BGH, a.a.O., Rn. 44.

<sup>33</sup> BGH, a.a.O., Rn. 45 f.

Das hat der XI. Zivilsenat mit Teilurteil vom 09. Januar 2018<sup>34</sup> entschieden.

Seite 12 von 53

Gemäß § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB a.F. sind Verträge, bei denen sich die **Haftung** des Darlehensnehmers auf eine dem Darlehensgeber **zum Pfand übergebene Sache** beschränkt, keine Verbraucherdarlehensverträge. Diese Voraussetzungen erfüllt ein Darlehensvertrag, der durch die Bestellung eines **Pfandrechts an einem Inhabergrundschuldbrief** (§§ 1195, 1293 BGB) abgesichert wird, nach dem Dafürhalten des Senats nicht.<sup>35</sup> Eine abweichende Betrachtungsweise wäre mit dem Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung nicht vereinbar. Der Verpfänder einer beweglichen Sache, den § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB a.F. (jetzt: § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) im Blick hat, ist deshalb weniger schutzbedürftig, weil er die Sache, deren Verlust er im schlimmsten Falle zu besorgen hat, **bereits übergeben** und damit zu erkennen gegeben hat, dass er sie in einer Not-situation entbehren kann. Damit lässt sich die Bestellung eines Pfandrechts an einem Inhabergrundschuldbrief, auch wenn dieser rechtstechnisch als Inhaberpapier nach den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen gemäß §§ 1205 f. BGB verpfändet wird (§ 1293 BGB), nicht vergleichen. Die Übergabe des Inhabergrundschuldbriefs führt dem Verbraucher die wirtschaftlichen Folgen, die ihm bei nicht rechtzeitiger Auslösung des Pfandes drohen, gerade nicht vor Augen. Auch wenn der Pfandverleiher „nur“ die Grundschuld verwerten kann, ist der Verpfänder deshalb nicht signifikant weniger schutzbedürftig als ein Darlehensnehmer, der dem Darlehensgeber zur Absicherung der Ansprüche aus dem Darlehensvertrag an seinem Grundstück eine **Grundschuld** bestellt hat.<sup>36</sup>

Die **Heilungsmöglichkeit** des § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB ist auch dann eröffnet, wenn aufgrund fehlender Angaben gemäß Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5 EGBGB die auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete **Vollmacht formunwirksam**

<sup>34</sup> [XI ZR 17/15](#) – juris.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 09. Januar 2018 – [XI ZR 17/15](#) – juris, Rn. 48 f.

<sup>36</sup> BGH, a.a.O., Rn. 51.

erteilt wurde. Sind die Voraussetzungen einer Genehmigung des vollmachtlosen Vertreterhandels gemäß § 177 Abs. 1 BGB, die als schlüssige Erklärung voraussetzt, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet, nicht erfüllt, tritt unter den in § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB genannten Voraussetzungen Heilung des Vertrags genauso ein, wie wenn der **Verbraucher selbst** einen formwidrigen Vertrag abgeschlossen hätte.<sup>37</sup> Nach Ansicht des Senats gibt es keinen Grund, dem Verbraucher in den Fällen, in denen die Formvorschriften auch oder nur bei der Vollmachtserteilung missachtet wurden, die Heilungsmöglichkeit des § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB mit den ihm günstigen Modifikationen des § 494 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 bis 6 BGB zu versagen und ihn ausschließlich auf die Möglichkeit zu verweisen, den Vertrag unter Inkaufnahme des vorgesehenen Vertragsinhalts zu genehmigen, um nicht nach Bereicherungsrecht die Darlehensvaluta sofort zurückzahlen zu müssen.<sup>38</sup>

Von einem **Empfang des Darlehens** (§ 494 Abs. 2 Satz 1 BGB) ist auszugehen, wenn der Darlehensgegenstand aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem **Vermögen des Vertragsgegners in der vereinbarten Form endgültig zugeführt** wurde. Wird die Darlehensvaluta auf **Weisung des Darlehensnehmers an einen Dritten** ausgezahlt, so hat der Darlehensnehmer regelmäßig den Kreditbetrag empfangen, wenn der von ihm als Empfänger namhaft gemachte Dritte das Geld vom Darlehensgeber erhalten hat, es sei denn, der Dritte ist nicht überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers, sondern sozusagen als „verlängerter Arm“ des Darlehensgebers tätig geworden.<sup>39</sup> Eine entgegen § 492 Abs. 4 Satz 1, § 494 Abs. 1 BGB **formunwirksam erteilte Vollmacht** kann in den Fällen, in denen der **Vertreter auch das Erfüllungsgeschäft** vornimmt, nicht herangezogen werden, um die Heilung des Kausalgeschäfts mit Entgegennahme der Darlehensvaluta durch den Vertreter als Empfangsboten zu begründen. Wird das Darlehen an den vollmachtlosen Vertreter als Empfangsboten ausbezahlt, ist der formunwirk-

<sup>37</sup> BGH, a.a.O., Rn. 53.

<sup>38</sup> BGH, a.a.O., Rn. 54.

<sup>39</sup> BGH, a.a.O., Rn. 58.

sam geschlossene Darlehensvertrag vielmehr erst dann gemäß § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB geheilt, wenn jener die Darlehensvaluta mit dessen Einverständnis an den Darlehensnehmer weiterleitet oder aufgrund einer neuen Weisung des Darlehensnehmers über sie disponiert.<sup>40</sup>

Das Berufungsurteil konnte nach allem keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht einen **Anspruch auf Herausgabe des Inhabergrundschuldbriefs** aus § 985 BGB verneint hat. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die Formvorschriften des § 492 Abs. 1 und Abs. 4 BGB für Verbraucherdarlehensverträge seien gemäß § 491 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf den Pfanddarlehensvertrag und die Vollmacht nicht anwendbar, weil sich die Haftung des Klägers auf die im Grundschuldbrief verkörperte Grundschuld beschränke und dieser gemäß Ziff. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von jeder persönlichen Verpflichtung aus dem Pfandkredit befreit sei. Dem ist der Senat mit den aufgezeigten Erwägungen entgegengetreten und hat damit der Annahme des Berufungsgerichts, die gesicherte Darlehensforderung, zu deren Entstehen das Pfandrecht am Inhabergrundschuldbrief akzessorisch ist (vgl. § 1204 BGB), sei wirksam begründet worden, den Boden entzogen. Zu einer möglichen Heilung des unwirksamen Darlehensvertrags waren keine Feststellungen getroffen. Dies führte zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

**b)**

In seiner Entscheidung vom 20. Februar 2018<sup>41</sup> hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zum **Vorliegen eines Verbraucherdarlehensvertrags** i.S.v. §§ 13, 491 BGB Stellung zu nehmen. Zudem hat er ausgesprochen, dass dem Darlehensgeber bei einer **außerordentlichen Kündigung** eines Darlehensvertrages aufgrund **Zahlungsverzugs** des Darlehensnehmers, der **nicht Verbraucher** ist, gegen diesen gemäß § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB als Schadensersatz statt der Leistung ein Anspruch auf eine **Vorfäl-**

---

<sup>40</sup> BGH, a.a.O., Rn. 60.

<sup>41</sup> [XI ZR 445/17](#) – juris.

**ligkeitsentschädigung** zusteht, deren Höhe er auf den **Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung** berechnen kann.

Wird ein Darlehensvertrag mit fester Laufzeit durch fristlose Kündigung der kreditgebenden Bank aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst, weil der Darlehensnehmer seinen (Zahlungs-) Verpflichtungen schuldhaft nicht nachgekommen ist, so steht der Bank ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zu, den sie durch die vorzeitige Beendigung des Vertrages erleidet.<sup>42</sup> Für die Zeit nach der wirksamen Kündigung hat der Darlehensgeber keinen vertraglichen Zinsanspruch mehr; stattdessen steht ihm wahlweise ein Anspruch auf Ersatz seines Verzögerungsschadens nach § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB oder ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB zu.<sup>43</sup>

Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist nach § 497 BGB (nur) bei **Verbraucherdarlehensverträgen** ausgeschlossen.<sup>44</sup> Der Senat bekräftigt die Rechtsprechung, wonach **Verwaltung eigenen Vermögens** grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit ist. Zur Verwaltung eigenen Vermögens gehört generell auch der **Erwerb oder die Verwaltung einer Immobilie**, selbst wenn dafür Fremdmittel aufgenommen werden. Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßigen Vermögensverwaltung ist auch nicht die Höhe der verwalteten Werte oder des Kreditbetrages, sondern vielmehr der **Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte**. Erfordern diese nach Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge einen **planmäßigen Geschäftsbetrieb**, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor.<sup>45</sup>

Im Streitfall hat der Senat dafür gehalten, dass die Anzahl der einzelnen Vermietungs- und Verpachtungsobjekte, nämlich mindestens ein Pacht-

---

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – [XI ZR 445/17](#) – juris, Rn. 16.

<sup>43</sup> BGH, a.a.O., Rn. 19.

<sup>44</sup> BGH, a.a.O., Rn. 20.

<sup>45</sup> BGH, a.a.O., Rn. 21 f.

vertrag über eine **Gaststätte nebst zwei Wohnungen, sieben Wohnraummietverträge** und bis zu **neun Kurzzeitmietverträge** in dem Apartmenthaus aufgrund des Umfangs, der Komplexität und der Anzahl der damit verbundenen (Einzel-) Verträge das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermitteln. Dies gilt seiner Ansicht nach insbesondere im Hinblick auf den Abschluss und die buchhalterische wie auch tatsächliche Abwicklung der Kurzzeitmietverträge. Das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs wird für ihn dadurch unterstrichen, dass das Apartmenthaus von einer **Geschäftsführerin** verwaltet wurde und zwei der Apartments für die **Unterbringung von Mitarbeitern** zur Verfügung stehen sollten.<sup>46</sup> Danach waren die zur Finanzierung der Immobilien aufgenommenen Darlehen **nicht als Verbraucherdarlehen** anzusehen mit der Folge, dass der Bank ein Anspruch auf **Vorfälligkeitsentschädigung** zustand.

Zu welchem Zeitpunkt die **Abzinsung** zu erfolgen hat, richtet sich nach dem vom geschädigten Darlehensgeber gewählten **Berechnungsweg**. Dies kann im Fall der vorzeitigen außerordentlichen Kündigung eines Darlehensvertrages aufgrund Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers der Zeitpunkt der **Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung**, aber auch der Zeitpunkt des **Wirksamwerdens der Kündigung** sein.<sup>47</sup> Für den Fall der Nichtabnahme oder der vorzeitigen Ablösung eines Darlehens ist nach der Rechtsprechung des Senats der Zeitpunkt der Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung bzw. der Leistung der Nichtabnahmeentschädigung maßgeblich.<sup>48</sup> Stattdessen kann der Darlehensgeber seinen Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung aber auch zum **Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung** berechnen. Dies ist Folge der durch § 281 Abs. 1 BGB ermöglichten **Umwandlung des Leistungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung**. Im Falle der abstrakten Schadensberechnung ist dabei der maßgebliche Zeitpunkt der Tag der Entstehung des Schadensersatzanspruchs, d.h. der Ablauf der Nachfrist und der Über-

---

<sup>46</sup> BGH, a.a.O., Rn. 25.

<sup>47</sup> BGH, a.a.O., Rn. 29.

<sup>48</sup> BGH, a.a.O., Rn. 30.



gang zum Schadensersatz statt der Leistung.<sup>49</sup> Soweit danach der Darlehensgeber je nach der weiteren Zinsentwicklung die Chance der Überkompensation und das Risiko der Unterkompensation trägt, ist dies einerseits Ausfluss seiner Dispositionsfreiheit als Geschädigter und andererseits Folge der Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB. Diese Form der Schadensberechnung muss zudem auch deshalb zulässig sein, damit der Darlehensgeber die ihm zustehende Vorfälligkeitsentschädigung auch dann berechnen und gerichtlich geltend machen kann, wenn der Darlehensnehmer keine Zahlungen leistet und der Darlehensgeber mangels (ausreichender) Sicherheiten sich nicht anderweitig schadlos halten kann. Denn in einem solchen Fall ist eine Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung mit einer Abzinsung auf den Zeitpunkt der Zahlung gar nicht möglich.

Indessen bestehen der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens und der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nur **wahlweise**.<sup>50</sup> Stellt der Darlehensgeber das Darlehen fällig und verlangt er **die offene Darlehensvaluta in voller Höhe zurück**, kann er – neben etwaigen Zahlungsrückständen – nur diese fordern und darauf im Falle des Verzugs nach den allgemeinen Vorschriften Verzugszinsen verlangen. **Daneben steht ihm auf die entgangenen Zinszahlungen kein Zinsverschlechterungs- oder Zinsmargenschaden zu.**<sup>51</sup> Macht er dagegen neben den ihm zustehenden Zahlungsrückständen und einem darauf beschränkten etwaigen Verzugsschaden einen Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung** geltend, kann er verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Darlehensnehmer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. In diesem Fall ist die Vorfälligkeitsentschädigung auf der Grundlage des **bisherigen Vertragszinses** zu berechnen.<sup>52</sup> Der Darlehensgeber kann also den Schadensersatz statt der Leistung in der Weise berechnen, dass er in einem ersten Schritt den gesamten ab dem Wirk-

---

<sup>49</sup> BGH, a.a.O., Rn. 31.

<sup>50</sup> BGH, a.a.O., Rn. 34.

<sup>51</sup> BGH, a.a.O., Rn. 35.

<sup>52</sup> BGH, a.a.O., Rn. 36.

samwerden der Kündigung noch geschuldeten künftigen Zahlungsstrom aus Zins- und Tilgungsleistungen ermittelt, wobei er die bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung zu zahlenden Zinsen zugrundelegen und die Beträge um die ersparte Risikovorsorge und die ersparten jährlichen Verwaltungsaufwendungen zu kürzen hat. Diese Berechnungsweise berücksichtigt damit auch die Annuität. Die sich daraus ergebenden Beträge sind sodann in einem zweiten Schritt abzuzinsen. Dabei ist der aktive Wiederanlagezins zugrunde zu legen, der auf dem Kapitalmarkt bei der laufzeitkongruenten Anlage in sichere Kapitalmarkttitel zu erzielen war.<sup>53</sup>

Das Berufungsurteil konnte daher keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte zwar zutreffend angenommen, dass keine Verbraucherdarlehensverträge vorlegen und dass die Bank für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung der Darlehen abstellen konnte. Es hatte dann jedoch übersehen, dass die Bank bei ihrer Berechnung den Verzögerungsschaden und das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung in unzulässiger Weise vermischt hatte. Sie hatte nämlich im Hinblick auf die in nicht abgezinster Höhe fällig gestellte Restdarlehensvaluta den Verzögerungsschaden verlangt und daneben (lediglich) für die entgangenen Zinszahlungen Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Dies ist nach Ansicht des Senats unzulässig, weil der Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung nach dem Gesagten der gesamte ab dem Wirksamwerden der Kündigung noch geschuldete künftige Zahlungsstrom aus Zins- und Tilgungsleistungen zugrundegelegt ist.<sup>54</sup> Dies führte zur Zurückverweisung, damit die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung neu berechnet werden kann.

---

<sup>53</sup> BGH, a.a.O., Rn. 37.

<sup>54</sup> BGH, a.a.O., Rn. 39.

c)

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

aa)

Für eine (bloße) **Konditionenanpassung** im Rahmen der **unechten Abschnittsfinanzierung** besteht nach der Rechtsprechung des Senats kein gesetzliches Widerrufsrecht. In seiner Entscheidung vom 23. Januar 2018<sup>55</sup> hatte sich der Senat mit dem Fall zu befassen, dass die Parteien im Rahmen einer unechten Abschnittsfinanzierung die Konditionen eines bestehenden Darlehensvertrags anpassen, der Darlehensgeber **zugleich für einen Aufstockungsbetrag ein neues Kapitalnutzungsrecht** gewährt und hierzu eine **einheitliche Widerrufsbelehrung** erteilt. Nach dem Dafürhalten des Senats bietet er dem Darlehensnehmer für die Konditionenanpassung die Vereinbarung eines **vertraglichen Widerrufsrechts** nach der gebotenen objektiven Auslegung in einem solchen Fall **nicht** an.<sup>56</sup> Für die Konditionenanpassung entsteht also auch kein vertragliches Widerrufsrecht. Das (gesetzliche) Widerrufsrecht erfasst ausschließlich den Aufstockungsbetrag. Der **Widerruf** der die Vereinbarung über das **neue Kapitalnutzungsrecht** betreffenden Willenserklärung führt in solchen Fällen regelmäßig **nicht** dazu, dass auch die Konditionenanpassung rückabzuwickeln ist.<sup>57</sup>

bb)

Wurden Verbraucherdarlehensverträge als **Fernabsatzverträge** geschlossen, galten trotz des Vorrangs des Widerrufsrechts nach § 495 Abs. 1 BGB vor dem Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 BGB a.F. gemäß § 312d Abs. 2 und Abs. 5 Satz 2, § 312c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. und § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV a.F. gegenüber § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB a.F.

---

<sup>55</sup> [XI ZR 359/16](#) – juris.

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 23. Januar 2018 – [XI ZR 359/16](#) – juris, Rn. 20 in Fortführung von Senatsurteil vom 28. Mai 2013 – [XI ZR 6/12](#) – WM 2013, 1314 – juris, Rn. 19 f.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 23. Januar 2018 – [XI ZR 359/16](#) – juris, Rn. 21.

(jeweils Fassung bis zum 10. Juni 2010) verschärfte Anforderungen an die Widerrufsbelehrung.<sup>58</sup> Wie der Senat nunmehr entschieden hat, fehlt es an einem **Vertragsschluss „unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln“** i.S.v. § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB (Fassung bis zum 12. Juni 2014) und damit an einem Fernabsatzvertrag, wenn der Verbraucher **während der Vertragsanbahnung persönlichen Kontakt** zu einem Mitarbeiter des Unternehmers oder einem vom Unternehmer bevollmächtigten Vertreter hat.<sup>59</sup> Das folgt für den Senat aus einer richtlinienkonformen Auslegung. Nach den einschlägigen Richtlinien setzt der Abschluss eines Fernabsatzvertrags nämlich voraus, dass die beiden Vertragsparteien **bei der Anbahnung** und zum **Zeitpunkt des Abschlusses** des Fernabsatzvertrags **nicht gleichzeitig körperlich anwesend** sind.<sup>60</sup>

Obwohl der eigentliche **Vertragsschluss auf dem Postweg** erfolgte, war daher im Verfahren XI ZR 160/17 eine fernabsatzrechtliche Belehrung nicht erforderlich, weil dem (unstreitig) eine **persönliche Beratung durch einen Außendienstmitarbeiter** der Darlehensgeberin vorausgegangen ist.<sup>61</sup>

Steht die ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln **beim Vertragsschluss** fest, hat **der Unternehmer darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen**, dass dem Vertragsschluss ein **persönlicher Kontakt vorausgegangen** ist. Entsprechendes gilt für den gesetzlich als **Ausnahmetatbestand** formulierten Fall, dass der Vertrag nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt ist.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 29; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2017.

<sup>59</sup> BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 160/17](#) – juris, Rn. 20; vgl. auch die Parallelentscheidungen vom gleichen Tag in den Verfahren [XI ZR 474/16](#), [XI ZR 480/16](#), [XI ZR 524/16](#), [XI ZR 156/17](#), [XI ZR 224/17](#), [XI ZR 417/17](#), [XI ZR 458/17](#) und [XI ZR 480/16](#).

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 160/17](#) – juris, Rn. 21.

<sup>61</sup> BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 160/17](#) – juris, Rn. 19; anders etwa im Verfahren [XI ZR 224/17](#) – juris, Rn. 14, wo sich die Parteien auf den Abschluss der Darlehensverträge ohne gleichzeitige Anwesenheit beider Vertragsparteien durch Briefwechsel geeinigt hatten.

<sup>62</sup> BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 224/17](#) – juris, Rn. 14.

**cc)**

Wie der Senat zu § 495 Abs. 1, § 492 Abs. 3, § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB (Fassung bis zum 10. Juni 2010) weiter entschieden hat, muss das **dem Verbraucher zur Verfügung gestellte Exemplar** seiner Vertragserklärung **nicht von ihm unterzeichnet** oder mit dem Abbild seiner Unterschrift versehen sein. Dieses Exemplar kann ihm, um die Widerrufsfrist in Lauf zu setzen, schon vor Abschluss des Vertrags überlassen werden.<sup>63</sup> Bei einem Vertragsschluss auf dem Postweg genügt es also, wenn der Darlehensgeber dem Verbraucher ein (für seine Unterlagen bestimmtes) Exemplar des Vertragsformulars überlässt, das nach Unterschriftsleistung (auf dem für die Bank bestimmten und an diese zurückgesandten Exemplar) dessen Vertragserklärung dokumentiert. Nicht erforderlich für den Beginn der Widerrufsfrist ist es, dass er auch das ihm belassene Exemplar unterzeichnet.<sup>64</sup>

**dd)**

Die Belehrung über den **Beginn der Widerrufsfrist** genügt den Anforderungen nach § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. (Fassung bis zum 10. Juni 2010), wenn sie Mittels der Wendung „**Die Frist beginnt einen Tag, nachdem Sie den von Ihnen unterschriebenen Darlehensvertrag mit der ebenfalls unterschriebenen Widerrufsbelehrung an uns abgesandt haben**“ über den Fristbeginn belehrt. Sie gibt damit insbesondere korrekt wieder, dass der Beginn der Widerrufsfrist nach § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB a.F. die Abgabe, nicht auch den Zugang, der Vertragserklärung des Darlehensnehmers voraussetzt.<sup>65</sup>

**ee)**

Die **Kombination von Darlehensvertrag und Bausparvertrag**, bei der die darlehensfinanzierte Ansparleistung zur späteren Tilgung des Darlehens bestimmt ist, unterfällt nicht § 358 Abs. 3 BGB in der bis zum

---

<sup>63</sup> BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 160/17](#) – juris, Rn. 30.

<sup>64</sup> BGH, a.a.O., Rn. 30; Urteile vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 524/16](#) – juris, Rn. 24; – [XI ZR 156/17](#) – juris, Rn. 23; – [XI ZR 458/17](#) – juris, Rn. 19.

<sup>65</sup> BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 160/17](#) – juris, Rn. 23.

03. August 2011 geltenden Fassung. Eine solche Gestaltung wird nach Ansicht des Senats von Sinn und Zweck des § 358 Abs. 3 BGB a.F. nicht erfasst. Darauf, ob und mit welcher Rechtsfolge § 139 BGB Anwendung finden kann, muss in einer Widerrufsbelehrung nicht hingewiesen werden.<sup>66</sup>

Die Hinweise unter der Überschrift „**Finanzierte Geschäfte**“ genügen den gesetzlichen Vorgaben auch dann, wenn dort die **Konjunktion „oder“** in § 358 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BGB a.F. („wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient“) durch die Konjunktion „und“ („wenn wir uns bei Vorbereitung und Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung Ihres Vertragspartners bedienen“) ersetzt ist. Eine entsprechende Formulierung war in der Musterbelehrung der zwischen dem 01. September 2002 und dem 07. Dezember 2004 geltenden Fassung enthalten, was nach Ansicht des Senats den Rückschluss gestattet, dass der (materielle) Gesetzgeber eine so erteilte Belehrung nicht für undeutlich erachtet.<sup>67</sup>

**ff)**

Die Widerrufsinformation entspricht den gesetzlichen Anforderungen des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB in der vom 30. Juli 2010 bis zum 03. August 2011 geltenden Fassung, wenn der im Abschnitt „**Widerrufsfolgen**“ zu § 495 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 BGB in der zwischen dem 30. Juli 2010 und dem 12. Juni 2014 geltenden Fassung formulierte Zusatz („**Der Darlehensnehmer hat dem Darlehensgeber auch die Aufwendungen zu ersetzen, die der Darlehensgeber an öffentliche Stellen erbracht hat und nicht zurückverlangen kann.**“) enthalten ist. Dieser beeinträchtigt die Klarheit und Verständlichkeit der Information un-

---

<sup>66</sup> BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 160/17](#) – juris, Rn. 28.

<sup>67</sup> BGH, a.a.O., Rn. 29 in Abgrenzung zu Senatsbeschlusses vom 12. Dezember 2017 – [XI ZR 769/16](#) – juris.

abhängig davon nicht, ob die Bank Aufwendungen gegenüber öffentlichen Stellen erbringt.<sup>68</sup>

**gg)**

Mit Hinweisbeschluss vom 23. Januar 2018<sup>69</sup> hatte der Senat Gelegenheit, die die **Verwirkung des Widerrufsrechts** bei Verbraucherdarlehensverträgen beherrschenden Grundsätze zusammenzufassen und zu bekräftigen.

Danach läuft die maßgebliche **Frist für das Zeitmoment** mit dem **Zustandekommen des Verbraucherdarlehensvertrags** an. Da das Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht anders als die aus dem Rückgewährschuldverhältnis resultierenden Ansprüche nicht verjährt und im Übrigen auch § 218 BGB auf das Widerrufsrecht keine Anwendung findet, kann weder aus den gesetzlichen Verjährungsfristen noch gar aus den gesetzlichen Verjährungshöchstfristen auf ein „**Mindestzeitmoment**“ zurückgeschlossen werden.<sup>70</sup> Dagegen betrifft der Zeitraum zwischen der Beendigung des Verbraucherdarlehensvertrags und dem Widerruf nicht das Zeitmoment. Er kann aber gerade im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Widerrufs bei der Prüfung des Umstandsmoments Berücksichtigung finden.<sup>71</sup>

Im Hinblick auf das **Umstandsmoment** gilt, dass gerade bei **beendeten Verbraucherdarlehensverträgen** das Vertrauen des Unternehmers auf ein Unterbleiben des Widerrufs schutzwürdig sein kann, auch wenn die von ihm erteilte Widerrufsbelehrung ursprünglich den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprach und er es in der Folgezeit versäumt hat, den Verbraucher **nachzubelehren**. Das gilt in besonderem Maße, wenn die Beendigung des Darlehensvertrags auf einen **Wunsch des Verbrauchers** zurückgeht bzw. wenn die Parteien den Darlehensvertrag **einverständlich**

---

<sup>68</sup> BGH, Beschluss vom 24. April 2018 – [XI ZR 573/17](#) – juris.

<sup>69</sup> [XI ZR 298/17](#) – juris; vgl. nachfolgend BGH, Zurückweisungsbeschluss vom 07. März 2018 – [XI ZR 298/17](#) – juris.

<sup>70</sup> BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 – [XI ZR 298/17](#) – juris, Rn. 13.

<sup>71</sup> BGH, a.a.O., Rn. 14.

**beendet** haben.<sup>72</sup> Dabei kommt es dabei weder auf die Kenntnis des Darlehensnehmers vom Fortbestand seines Widerrufsrechts noch auf 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 vielmehr eine Verwirkung nicht aus.<sup>73</sup> Gleiches gilt für den Umstand, dass der Darlehensgeber „die Situation selbst herbeigeführt hat“, weil er eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht erteilt hat.<sup>74</sup> Das **Fehlen einer Nachbelehrung** steht bei beendeten Verträgen der Annahme schutzwürdigen Vertrauens nicht entgegen.<sup>75</sup>

Der Umstand, dass der Darlehensgeber **Sicherheiten freigegeben** hat, **kann** bei der Prüfung des Umstandsmoments berücksichtigt werden. Dem steht nicht entgegen, dass der Darlehensgeber nach Beendigung des Darlehensvertrags und vollständiger Erfüllung der aus dem unwiderrufenen Darlehensvertrag resultierenden Pflichten des Darlehensnehmers die Sicherheiten ohnehin freizugeben hätte. Vom Darlehensgeber bestellte Sicherheiten **sichern regelmäßig auch Ansprüche aus einem Rückgewährschuldverhältnis** nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der hier maßgeblichen, bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> Dies gilt auch, wenn die Sicherheiten nach Beendigung des Darlehensvertrags **zeitnah freigegeben** wer-

---

<sup>72</sup> BGH, a.a.O., Rn. 16.

<sup>73</sup> BGH, a.a.O., Rn. 17.

<sup>74</sup> BGH, a.a.O., Rn. 18.

<sup>75</sup> BGH, a.a.O., Rn. 19.

<sup>76</sup> BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 – [XI ZR 298/17](#) – juris, Rn. 13; vgl. auch Beschluss vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 224/17](#) – juris, Rn. 17, wo aus diesem Grund ein fälliger Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld trotz erfolgreichen Widerrufs verneint wird.

<sup>77</sup> BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 – [XI ZR 298/17](#) – juris, Rn. 13.



den. Dadurch wird die Freigabe nicht von vornherein als „**verfrüht**“ für die Begründung des Umstandsmoments untauglich.<sup>78</sup>

Demgegenüber ist es rechtsfehlerhaft, dem Umstand, dass der Darlehensgeber überhaupt – wenn auch fehlerhaft – belehrt hat, oder der Gewichtigkeit des Belehrungsfehlers bei der Subsumtion unter § 242 BGB Gewicht beizumessen.<sup>79</sup>

#### hh)

Ist das **Finanzierungsgeschäft**, mit dem der Verbraucher seine **Einlage bei einer Fondsgesellschaft** finanziert hat, durch wirksamen Widerruf in ein **Rückabwicklungsverhältnis** umgewandelt worden, schuldet die kreditgebende Bank grundsätzlich die Rückgewähr der aus dem eigenen Vermögen des Verbrauchers erbrachten Zins- und Tilgungsraten sowie gemäß § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung die an die Fondsgesellschaft gezahlten Eigenkapitalleistungen, während sich der Verbraucher darauf die an ihn geflossenen Ausschüttungen anrechnen lassen und der Bank die Rechte an der Fondsbeteiligung übertragen muss. Direkt an die Bank geflossene Fondsausschüttungen verbleiben dieser, da der Verbraucher sonst besser stünde, als er ohne die Beteiligung an der Fondsgesellschaft gestanden hätte.<sup>80</sup> Deshalb stehen ihm auch **Nutzungen**, die die Bank aus den **Ausschüttungen** gezogen hat, nicht zu. Denn auch dann, wenn die Bank „nur“ die Nutzungen herausgeben müsste, würde dem Verbraucher eine Rechtsposition eingeräumt, die ihm ohne die Beteiligung an der Fondsgesellschaft nicht zugekommen wäre.<sup>81</sup> Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn der Verbraucher aus der Beteiligung steuerliche Nachteile erleidet. Für die Kom-

---

<sup>78</sup> BGH, Zurückweisungsbeschluss vom 07. März 2018 – [XI ZR 298/17](#) – juris.

<sup>79</sup> BGH, Beschluss vom 15. Mai 2018 – [XI ZR 508/16](#) – juris, Rn. 13; Beschluss vom 15. Mai 2018 – [XI ZR 584/16](#) – juris, Rn. 19.

<sup>80</sup> BGH, Beschluss vom 20. Februar 2018 – [XI ZR 385/16](#) – juris, Rn. 5; vgl. nachfolgend Zurückweisungsbeschluss vom 24. April 2018 – [XI ZR 385/16](#) – juris.

<sup>81</sup> BGH, a.a.O., Rn. 6.

pensation solcher Nachteile bieten die § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB keine Grundlage.<sup>82</sup>

Seite 26 von 53

ii)

Der Darlehensnehmer, dem nach Widerruf seiner auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung als **Rückgewährgläubiger** die widerlegliche Vermutung zugutekommt, die Bank als Rückgewährschuldner habe aus Zins- und Tilgungsleistungen **Nutzungen in Höhe des gesetzlichen Verzugszinses** gezogen, hat daneben aus § 242 BGB **keinen Anspruch auf Auskunft über die von der Bank konkret gezogenen Nutzungen**.<sup>83</sup> Die Beweisschwierigkeiten, die sich daraus ergeben, dass der Darlehensnehmer die Höhe der erzielten Nutzungen darzulegen und zu beweisen hat, und zwar in Bezug auf die Nutzung der konkret überlassenen Mittel, aber nicht über den hierfür erforderlichen Einblick in die Betriebsabläufe des Darlehensgebers verfügt, werden nach dem Dafürhalten des Senats dadurch hinreichend ausgeglichen, dass ihm die widerlegliche Vermutung zugute kommt, die Bank als Darlehensgeber habe Nutzungen auf vom Darlehensnehmer vereinnahmte Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe der von ihr spiegelbildlich beanspruchbaren Verzugszinsen gezogen. § 242 BGB erfordert es nicht, dem Darlehensnehmer neben dieser, dem gesetzlichen Leitbild entlehnten und im Allgemeinen auskömmlichen Vermutung auch noch einen Auskunftsanspruch zuzugestehen.<sup>84</sup>

jj)

Der Senat bekräftigt, dass die **Erteilung einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung** oder die **unberechtigte Zurückweisung** eines Widerrufs **keine Pflichtverletzung** begründen, auf die ein **Schadensersatzverlangen** gestützt werden könnte. Es besteht keine vertragliche Nebenpflicht, die richtige Rechtsauffassung dazu zu vertreten, ob eine Widerrufsbelehrung feh-

---

<sup>82</sup> BGH, a.a.O., Rn. 9.

<sup>83</sup> BGH, Urteil vom 17. April 2018 – [XI ZR 446/16](#) – juris, Rn. 24 in Bestätigung von Senatsurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – WM 2017, 906 Rn. 24.

<sup>84</sup> BGH, Urteil vom 17. April 2018 – [XI ZR 446/16](#) – juris, Rn. 24.

lerhaft ist, die Gesetzlichkeitsfiktion des Musters für die Widerrufsbelehrung eingreift oder der Ausübung des Widerrufsrechts § 242 BGB entgegensteht.<sup>85</sup> Ein Schadensersatzanspruch, insbesondere gerichtet auf die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, kann sich daher nur unter dem Gesichtspunkt des Verzugs ergeben.<sup>86</sup> Das setzt aber voraus, dass die Bank sich mit der Erbringung einer der ihr nach §§ 346 ff. BGB obliegenden Leistungen bereits in Schuldnerverzug befunden hat, also die beanspruchte Leistung bezeichnet und die von der Gegenseite geschuldete Leistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten wurde.<sup>87</sup> Allein die an die Bank gerichtete Aufforderung, ihre Ansprüche auf einen bestimmten Stichtag zu beziffern, genügt nicht.<sup>88</sup>

#### kk)

In prozessualer Hinsicht bekräftigt der Senat, dass für den Antrag **festzustellen**, der Darlehensvertrag habe sich aufgrund des Widerrufs in ein **Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt**, das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche **Feststellungsinteresse fehlt**.<sup>89</sup> Die mit diesem Antrag unzulässige Feststellungsklage kann auch nicht in eine zulässige **Zwischenfeststellungsklage** gemäß § 256 Abs. 2 ZPO umgedeutet werden.<sup>90</sup> Der Senat will damit verhindern, dass durch eine Kombination einer (für sich unzulässigen) Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO mit einer Leistungsklage auf Herausgabe gezogener Nutzungen die Anforderungen umgangen werden, die der Senat im Interesse der Prozesswirtschaftlichkeit an die Begründung des Feststellungsinteresses gestellt hat. Mittels der betragsmäßigen Auseinandersetzung über die Nebenforderung könnte so eine Prozesslage geschaffen werden, bei der entgegen dem

---

<sup>85</sup> BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – [XI ZR 127/16](#) – juris, Rn. 19; Urteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 224/17](#) – juris, Rn. 35.

<sup>86</sup> BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – [XI ZR 127/16](#) – juris, Rn. 19; Urteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 224/17](#) – juris, Rn. 35.

<sup>87</sup> BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – [XI ZR 127/16](#) – juris, Rn. 19 unter Hinweis auf Senatsurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – WM 2017, 906 – juris, Rn. 23 ff., 31; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2017.

<sup>88</sup> BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – [XI ZR 127/16](#) – juris, Rn. 19.

<sup>89</sup> Statt vieler: BGH, Urteil vom 17. April 2018 – [XI ZR 446/16](#) – juris, Rn. 14.

<sup>90</sup> BGH, a.a.O., Rn. 15.

Zweck des § 256 Abs. 1 ZPO der Streit über Bestehen und Umfang der Hauptforderung auf zwei Prozesse aufgespalten würde.<sup>91</sup>

Seite 28 von 53

### 3.

#### **Zahlungsverkehr, insbesondere**

- a) Überweisungs-, Lastschrift-, Wechsel- und Scheckverkehr,**
- b) EC-Karte und Electronic-/Internet-Banking,**
- c) Kreditkartengeschäft**

Dazu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

### 4.

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

Dazu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

### 5.

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

#### **a)**

Bei der Ermittlung der **angemessenen Gegenleistung** für ein **Übernahmeangebot** sind grundsätzlich auch die vom Bieter für den Erwerb von **Wandelschuldverschreibungen** gezahlten Preise zu berücksichtigen. Das hat der II. Zivilsenat mit Urteil vom 07. November 2017<sup>92</sup> zu der Vorschrift des § 31 Abs. 6 WpÜG entschieden.

Gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 WpÜG hat der Bieter den Aktionären der **Zielgesellschaft** eine angemessene Gegenleistung anzubieten. Ist die Gegenleistung nicht angemessen, steht den Aktionären, die das Angebot angenommen haben, gegenüber dem Bieter ein zivilrechtlich durchsetzbarer

---

<sup>91</sup> BGH, a.a.O., Rn. 17.

<sup>92</sup> [II ZR 37/16](#) – juris.

Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen der angebotenen und der angemessenen Gegenleistung gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 WpÜG i.V.m. §§ 3 ff. WpÜGAngebV zu.<sup>93</sup> Bei der Bestimmung der angemessenen Gegenleistung sind nach § 31 Abs. 1 Satz 2 WpÜG auch die **Erwerbe von Aktien** der Zielgesellschaft durch den Bieter zu berücksichtigen. Die Gegenleistung für die Aktien der Zielgesellschaft muss dabei mindestens dem Wert der höchsten vom Bieter gewährten oder vereinbarten Gegenleistung für den Erwerb von Aktien der Zielgesellschaft **innerhalb der letzten sechs Monate** vor der Veröffentlichung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 WpÜG oder § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG entsprechen.<sup>94</sup>

Wie der Senat nunmehr entschieden hat, ist auch der Erwerb des Rechts aus einer **Wandelschuldverschreibung** eine Vereinbarung i.S.d. § 31 Abs. 6 Satz 1 WpÜG, auf deren Grundlage die **Übereignung von Aktien** verlangt werden kann.<sup>95</sup> Damit ist nicht nur der **originäre**, sondern auch der **abgeleitete Erwerb** von Wandelschuldverschreibungen bei der Berechnung der angemessenen Gegenleistung gemäß § 31 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 1 WpÜG zu berücksichtigen.<sup>96</sup> Die Regelung des § 31 Abs. 6 Satz 1 WpÜG soll einer **Umgehung** der in § 31 Abs. 1 Satz 2 WpÜG auf den dinglichen Erwerb bezogenen Regeln durch schuldrechtliche Vereinbarungen über ein Erwerbsrecht vorbeugen und sicherstellen, dass der Bieter an dem Preis festgehalten wird, den er im zeitlichen Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot **selbst als angemessen angesehen** hat.<sup>97</sup> Diese Überlegung trifft auch auf Wandelschuldverschreibungen zu, die im maßgeblichen Zeitraum erworben werden und die **in Aktien gewandelt** werden können. Dass die Wandelschuldverschreibungen nicht unmittelbar einen Anspruch auf Übereignung von Aktien gewähren, sondern der Erwerber wie bei erworbenen Optionskontrakten oder bei Optionsscheinen erst noch die Übereignung von Aktien verlangen und ein

---

<sup>93</sup> BGH, Urteil vom 07. November 2017 – [II ZR 37/16](#) – juris, Rn. 11.

<sup>94</sup> BGH, a.a.O., Rn. 12.

<sup>95</sup> BGH, a.a.O., Rn. 13 f.

<sup>96</sup> BGH, a.a.O., Rn. 15.

<sup>97</sup> BGH, a.a.O., Rn. 23.

Zeichnungsvertrag abgeschlossen werden muss, also ein **mehraktiger Vorgang** vorliegt, ist nach Ansicht des Senats im Hinblick auf den beabsichtigten Umgehungsschutz ohne Bedeutung.<sup>98</sup> Ebenso wenig kommt es darauf an, dass es dem Erwerber als Gläubiger einer Wandelschuldverschreibung überlassen bleibt, ob er die Übereignung von Aktien verlangt oder sich mit der Rückzahlung der Anleihe begnügt. Maßgebend ist, dass der Bieter mit dem Erwerb der Übereignungsmöglichkeit zeigt, welchen Preis er im zeitlichen Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot selbst als angemessen angesehen hat.<sup>99</sup>

Dies führte zur Bestätigung des Berufungsgerichts, das den **ehemaligen Aktionären** der Zielgesellschaft zu Recht weitere 7,45 € je Aktie zuerkannt hatte. Das **öffentliche Übernahmeangebot** der Beklagten i.H.v. 23,50 € je Aktie war nicht angemessen; maßgeblich ist der höchste, für den Erwerb der Wandelschuldverschreibungen, bezogen auf eine Aktie gezahlte Betrag von 30,95 €, der von der Beklagten innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 WpÜGAngebV gezahlt wurde.<sup>100</sup>

**b)**

Ein bei den Beitrittsverhandlungen verwendeter **Prospekt** ist nach einer Entscheidung des III. Zivilsenats vom 07. Dezember 2017<sup>101</sup> **fehlerhaft**, wenn darin das besondere, aus dem Finanzierungskonzept des Fonds folgende **Risiko der Begebung einer Inhaberschuldverschreibung (gezielt) verschleiert** wird. Das ist der Fall, wenn dem durchschnittlichen Anleger durch die Ausführungen im Prospekt der unzutreffende Eindruck vermittelt wird, dass die Zahlungen auf die Inhaberschuldverschreibungen durch „**abgesicherte Zahlungsströme aus der Beteiligung**“ erfolgten und „**weitere Barmittel**“ seitens des Anlegers zur Bedienung der Beteiligungsfinanzierung nicht erforderlich seien. Denn dabei bleibt das **wesentliche Risiko** im Zusammenhang mit der Begebung einer Inhaberschuld-

---

<sup>98</sup> BGH, a.a.O., Rn. 24.

<sup>99</sup> BGH, a.a.O., Rn. 26.

<sup>100</sup> BGH, a.a.O., Rn. 35.

<sup>101</sup> [III ZR 542/16](#) – juris.

verschreibung unerwähnt, dass der Anleger mit einer **Inanspruchnahme aus den Inhaberschuldverschreibungen** rechnen muss, wenn diese aus den anteiligen Ausschüttungsbeträgen nicht vollständig bedient werden können, weil zum Beispiel die Schuldner der so genannten Distributionsgarantiezahlungen (teilweise) ausfallen oder der Wechselkurs des US-Dollars sinkt.<sup>102</sup> Allgemein gehaltene Hinweise zu den Währungs- und Wechselkursrisiken vermögen daran nichts zu ändern.<sup>103</sup>

Die Fehlerhaftigkeit des Prospekts war im Rahmen der geschuldeten **Plausibilitätskontrolle** nach dem Dafürhalten des Senats für die Beklagte, eine **erfahrene Treuhandkommanditistin und Mittelverwendungskontrollerin**, bereits bei der zu fordernden **sorgfältigen Lektüre** des Prospektinhalts erkennbar.<sup>104</sup>

Mit diesen Erwägungen hat der Senat die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.

**c)**

In seinem Urteil vom 12. Dezember 2017<sup>105</sup> hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zur **Haftung einer Bank wegen (behaupteter) Beratungsfehler** im Zusammenhang mit der Beteiligung ihres Kunden an einer **Fondsgesellschaft** Stellung zu nehmen. Die Fondsgesellschaft sollte sich konzeptionsgemäß einer Projektgesellschaft beteiligen, die ein Riesenrad errichten und betreiben sollte. Das Riesenrad wurde 2008 fertiggestellt und in Betrieb genommen. Auf Grund von Abweichungen im Baugenehmigungsverfahren und in der Bauplanung wurde lediglich eine vermietbare Gewerbefläche von 4.816 qm – statt im Prospekt angegebener 8.264 qm – hergestellt. Weil die Besucherzahlen hinter den Erwartungen zurückblieben, geriet die Projektgesellschaft in wirtschaftliche Schwierigkeiten und meldete schließlich Insolvenz an.

---

<sup>102</sup> BGH, Beschluss vom 07. Dezember 2017 – [III ZR 542/16](#) – juris, Rn. 2.

<sup>103</sup> BGH, a.a.O., Rn. 3.

<sup>104</sup> BGH, a.a.O., Rn. 4.

<sup>105</sup> [XI ZR 552/16](#) – juris.

Der Senat erinnert daran, dass auf den Prospekt bezogene (Prüf-) Pflichten der beklagten Bank dem Grunde nach nur bestehen können, wenn die Beklagte den als fehlerhaft beanstandeten Prospekt dem Kläger so **rechtzeitig vor der Zeichnung der Kommanditbeteiligung übergeben** hat, dass er sich mit dessen Inhalt vertraut machen konnte, oder wenn die Beklagte den Kläger **auf der Grundlage des Prospektes beraten** hat.<sup>106</sup> Da das Berufungsgericht beides nicht festgestellt hatte, konnte seine Annahme, die Bank habe ihre Beratungspflichten alternativ dadurch verletzt, dass sie den Kläger entweder nicht darauf hingewiesen hat, den Prospekt der Fondsgesellschaft **nicht geprüft zu haben**, oder nicht darauf, dass der **Prospekt das falsche Bild vermittelte**, die prospektierten Planungen würden (nahezu) **zur Gänze umgesetzt**, keinen Bestand haben.

Schadensersatzansprüche wegen dieser vom Berufungsgericht angenommenen Beratungspflichtverletzungen sind nach dem Dafürhalten des Senats überdies **verjährt**. Die für den Beginn der Verjährung erforderliche **Kenntnis** von den anspruchsbegründenden Umständen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) wurde dem Kläger durch den Zwischenbericht Nr. 4/Oktober 2008 vermittelt, aus dem hervorging, dass nach Baufertigstellung aus den prospektierten 8.264 qm vermietbare Gewerbefläche nur 4.816 qm für eine dauerhafte Vermietung zur Verfügung standen. Damit hatte der Kläger Kenntnis nicht nur von der Abweichung der tatsächlichen Bauausführung von den Angaben im Prospekt, sondern nach Ansicht des Senats auch von den den Anspruch begründenden Umständen eines unterstellten Schadensersatzanspruchs gegen die Beklagte wegen der von ihm angenommenen Pflichtverletzungen aus dem Beratungsvertrag. Denn hieraus ergab sich zugleich, dass die Beklagte im Beratungsgespräch nicht auf die sich tatsächlich realisierte Gefahr einer Flächenabweichung hingewiesen hat bzw. dass sie ihn nicht auf ihre unterlassene Prüfung des Investments, bei der die tatsächlich realisierte Gefahr einer

---

<sup>106</sup> BGH, Urteil vom 12. Dezember 2017 – [XI ZR 552/16](#) – juris, Rn. 13.



negativen Flächenabweichung erkennbar geworden wäre, hingewiesen hat.<sup>107</sup>

Dies führte zur Zurückverweisung der Sache zur Prüfung der vom Kläger geltend gemachten weiteren, verjährungsrechtlich selbständig zu behandelnden Pflichtverletzungen.

**d)**

Nach einer Entscheidung des II. Zivilsenats vom 30. Januar 2018<sup>108</sup> ist der **Abwickler** bei einer **Publikums-Kommanditgesellschaft** vorbehaltlich anderweitiger gesellschaftsvertraglicher Regelungen auch ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Ermächtigung zur **Einforderung rückständiger Einlagen** zum Zweck des **Ausgleichs unter den Gesellschaftern** befugt.

Weiter hat der Senat entschieden, dass der **Widerruf des Beitritts** zu einer Publikums-Personengesellschaft in einer sog. „Haustürsituation“ die Verpflichtung des Widerrufenden zur Leistung seiner bis dahin noch nicht vollständig erbrachten, **rückständigen Einlage** nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft **weder rückwirkend noch ex nunc entfallen** lässt.

Bei einer Publikums-Kommanditgesellschaft kann der seine Beitrittserklärung widerrufende Gesellschafter nach gefestigter Rechtsprechung **keine Rückabwicklung** seines Beitritts verlangen. Er scheidet in Anwendung der **Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft** mit Zugang des Widerrufs ex nunc aus der Gesellschaft aus und hat einen Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens seines Widerrufs. Wie der Senat jetzt entschieden hat, folgt daraus aber nicht auch der Wegfall seiner **Einlageverpflichtung** ex nunc. Vielmehr bleibt der Gesellschafter – ebenso wie bei einer Kündigung – weiterhin zur Zah-

---

<sup>107</sup> BGH, a.a.O., Rn. 15.

<sup>108</sup> [II ZR 95/16](#) – juris.

lung rückständiger, noch nicht erbrachter Einlageleistungen an die Gesellschaft verpflichtet. Diese Forderung der Gesellschaft ist daher trotz seines Widerrufs auch in voller Höhe in seine Abfindungs- bzw. Auseinandersetzungsrechnung einzustellen.<sup>109</sup>

Darin liegt nach Ansicht des Senats keine richtlinienwidrige Beschränkung des Widerrufsrechts. Zwar hat der Widerruf des Gesellschafters damit wirtschaftlich keine Auswirkung auf den Fortbestand seiner Leistungsverpflichtung. Diese Folge ist aber, wie der Senat ausführt, von der Billigung des Europäischen Gerichtshofs betreffend die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft umfasst.<sup>110</sup> Ein vernünftiger Ausgleich und eine gerechte Risikoverteilung zwischen den einzelnen Gesellschaftern (Kapitalanlegern) verlangt es, dass sich auch ein **negatives Auseinandersetzungsguthaben** und damit eine weitere Zahlungspflicht des Gesellschafters ergeben kann.<sup>111</sup>

Bei der Prüfung, ob der bestellte **Abwickler** (§ 38 KWG) der nunmehr in Liquidation befindlichen Gesellschaft die Zahlung der offenen Einlage verlangen kann, ist zwischen einer Beitreibung zu **Abwicklungszwecken** und zur **Durchführung des Innenausgleichs** unter den Gesellschaftern zu unterscheiden. Zu Abwicklungszwecken dürfen ausstehende Einlagen im Rahmen der Liquidation einer Fondsgesellschaft nur eingefordert werden, wenn und soweit dies zur Durchführung der Abwicklung, d.h. für die **Befriedigung der Gläubiger** oder für liquidationszweckgemäße Tätigkeiten **erforderlich** ist.<sup>112</sup> Da es hierzu an geeigneten Feststellungen fehlte, musste der Senat prüfen, ob ein Anspruch der durch den Abwickler vertretenen Gesellschaft auf Zahlung der rückständigen Einlage **zum Ausgleich unter den Gesellschaftern** besteht. Er hatte sich in diesem Zusammenhang mit der bisher in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage

<sup>109</sup> BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 – [II ZR 95/16](#) – juris, Rn. 52.

<sup>110</sup> BGH, a.a.O., Rn. 53 mit Bezug auf EuGH, Urteil vom 15. April 2010 – C-215/08, ZIP 2010, 772, Rn. 48, 49.

<sup>111</sup> BGH, a.a.O., Rn. 54.

<sup>112</sup> BGH, a.a.O., Rn. 58.

zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Abwickler auch ohne gesellschaftsvertragliche Ermächtigung zur Einforderung rückständiger Einlagen zum Zweck des Ausgleichs unter den Gesellschaftern befugt ist.<sup>113</sup> Er hat jedenfalls für den Fall der **Auflösung einer Publikums-KG** in Form einer **Massengesellschaft** eine solche Befugnis des Liquidators bejaht, weil andernfalls der erforderliche Ausgleich unter den Gesellschaftern bei der für Massengesellschaften typischen Vielzahl von Gesellschaftern, die untereinander nicht persönlich verbunden sind, nicht gewährleistet, zumindest aber in unzumutbarer Weise erschwert wäre.<sup>114</sup>

Grundsätzlich können rückständige Einlagen zum Ausgleich unter den Gesellschaftern nur auf der Grundlage eines **Auseinandersetzungsplans** eingefordert werden, der einen **Passivsaldo** des in Anspruch genommenen Gesellschafters ausweist.<sup>115</sup> Lediglich unter besonderen Umständen, insbesondere wenn die Abwicklung längere Zeit dauert und den Belangen der Gläubiger schon vorher voll Rechnung getragen ist, kann es nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung gerechtfertigt sein, **Vorschüsse** an die ausgleichsberechtigten Gesellschafter zu zahlen und dementsprechend **rückständige Einlagen einzufordern**. Auch dies setzt aber in jedem Fall die Feststellung voraus, dass der in Anspruch genommene Gesellschafter **im Ergebnis noch etwas einzuzahlen hat**, was der Liquidator dartun und beweisen muss.<sup>116</sup>

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, dass die Einlageverpflichtung durch den Widerruf insoweit teilweise entfallen sei, als Einlagen noch nicht fällig gewesen seien. Im Übrigen hatte es die Befugnis des Abwicklers, die offenen Einlageforderungen beizutreiben, bejaht, ohne die erforderlichen Feststellungen zu treffen, dass diese zu Abwicklungszwecken und zur Durchführung des Innenausgleichs unter den

---

<sup>113</sup> BGH, a.a.O., Rn. 66 f.

<sup>114</sup> BGH, a.a.O., Rn. 78.

<sup>115</sup> BGH, a.a.O., Rn. 81 f.

<sup>116</sup> BGH, a.a.O., Rn. 84.

Gesellschaftern erforderlich sind. Nicht beanstandet hat der Senat die Annahme des Berufungsgerichts, der beklagte **Treugeberkommanditist** sei zur Leistung der Einlage unmittelbar gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, weil er im Innenverhältnis die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (**Quasi-Gesellschafter**) habe.<sup>117</sup>

**e)**

Ein Anleger, der durch **unrichtige Prospektangaben** bewogen wurde, einer Anlagegesellschaft als Kommanditist beizutreten, kann nach einer Entscheidung des II. Zivilsenats vom 06. Februar 2018<sup>118</sup> im Rahmen des **Vertrauensschadens** entweder die **Rückabwicklung seiner Beteiligung** verlangen oder an seiner **Anlageentscheidung festhalten** und **Ersatz des Betrages** verlangen, um den er seine Beteiligung wegen der unrichtigen Prospektangaben **zu teuer** erworben hat.

Ein Schadensersatzanspruch aus Prospekthaftung im weiteren Sinne ist als Fall der Haftung wegen **Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten** gemäß §§ 280, 311 Abs. 1 und 2, § 241 Abs. 2 BGB grundsätzlich nur auf Ersatz des Vertrauensschadens, d.h. des **negativen Interesses** gerichtet ist. Der Geschädigte hat danach Anspruch auf Erstattung des Schadens, den er dadurch erlitten hat, dass er auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Prospektangaben vertraut hat.<sup>119</sup> Wie der Senat nunmehr entschieden hat, kann der Anleger aber nicht nur die Rückabwicklung der Beteiligung verlangen, sondern stattdessen an der Anlage festhalten und die Erstattung eines etwaigen **Minderwerts der Beteiligung im Zeichnungszeitpunkt** wählen.<sup>120</sup> Das folgt nach Ansicht des Senats aus den Grundsätzen über den sog. „**kleinen Schadensersatz**“, die etwa bei einem Kaufvertrag dazu führen, dass der Käufer Herabsetzung der Leistung auf das tatsächlich angemessene Maß verlangen kann, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Vertragspartner auf einen Vertragsschluss

---

<sup>117</sup> BGH, a.a.O., Rn. 17 f.

<sup>118</sup> [II ZR 17/17](#) – juris.

<sup>119</sup> BGH, Urteil vom 06. Februar 2018 – [II ZR 17/17](#) – juris, Rn. 9.

<sup>120</sup> BGH, a.a.O., Rn. 11.

zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte.<sup>121</sup> Diese Grundsätze gelten nach dem Dafürhalten des Senats auch für die Beteiligung als Kommanditist an einer Kommanditgesellschaft.<sup>122</sup>

Eine teilweise Erstattung des Anlagebetrages als „kleiner Schadensersatz“ führt auch nicht etwa zu einem **Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung** wegen teilweiser Rückerstattung der Einlage gemäß § 172 Abs. 4 HGB. Denn der Anspruch aus Prospekthaftung im weiteren Sinne richtet sich nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen deren **Initiatoren**, die Gründungsgesellschafter und gegen diejenigen, die sonst für die Mängel des Beitritts verantwortlich sind. Eine etwaige Schadensersatzzahlung dieser Personen hat keinen Einfluss auf das von den Anlegern in voller Höhe eingebrachte und der Gesellschaft weiterhin zur Verfügung stehende Kommanditkapital.<sup>123</sup>

Der Anleger muss schließlich im Gegenzug zu einer Erstattung des überzahlten Anlagebetrages auch keine entsprechende Reduzierung des **Nennwerts seiner Gesellschaftsbeteiligung** hinnehmen<sup>124</sup> und könnte auch etwa später anfallende, nicht prognostizierte Ausschüttungen ungeschmälert vereinnahmen, ohne dass diese im Wege der Vorteilsausgleichung auf den Schadensersatz anzurechnen wären.<sup>125</sup>

Das Berufungsurteil konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die Kläger könnten im Rahmen der Prospekthaftung im weiteren Sinne nicht die Erstattung des von ihnen behaupteten Minderwerts ihrer Kommanditbeteiligung verlangen. Schlüssig dargetan war ein solcher Minderwert nach Ansicht des Bundesgerichtshofs. Die Kläger hatten anhand tabellarischer Berechnungen und eines Sachverständigengutachtens vorgetragen, der Minderwert ihrer Beteili-

---

<sup>121</sup> BGH, a.a.O., Rn. 12 f.

<sup>122</sup> BGH, a.a.O., Rn. 14 f.

<sup>123</sup> BGH, a.a.O., Rn. 18.

<sup>124</sup> BGH, a.a.O., Rn. 22.

<sup>125</sup> BGH, a.a.O., Rn. 19 f.

gung im Zeitpunkt der Zeichnung sei mit mindestens 50 % des jeweiligen Anlagebetrages zu veranschlagen; sie hatten hierzu die jeweiligen **Ertragsprognosen** als wertbildenden Umstand ihrer Wertberechnung zugrunde gelegt und anhand dessen den **Barwert ihrer Beteiligungen mittels des internen Zinsfußes der Investition**, den sie aus dem Prospekt errechnet haben, ermittelt. Diese Berechnung stellte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts **keine verdeckte Geltendmachung des Erfüllungsinteresses** dar.<sup>126</sup> Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird zu klären sein, ob diese allein am Ertragswert ausgerichtete Bewertung im Fall einer unternehmerischen Beteiligung zutreffend ist, oder stattdessen ein evtl. **Marktwert der Beteiligung auf dem Zweitmarkt** zu ermitteln oder eine **umfassende Bewertung der Vermögensanlage** (etwa unter Berücksichtigung von Aufwendungen und Steuern für das Unternehmen, steuerlicher Aspekte für die Anleger, damaligen Markterwartungen etc.) vorzunehmen ist.<sup>127</sup> Einen Verstoß gegen die **Schadensminderungspflicht** gemäß § 254 Abs. 2 BGB hat der Senat nicht darin gesehen, dass die Anleger von der **Möglichkeit der Sonderkündigung** ihrer Beteiligung zum Ende des Jahres 2015 gegen Erstattung von 192 % des Nominalwerts der Einlagesumme keinen Gebrauch gemacht haben. Er begründet dies mit der Erwägung, dass den Geschädigten mit der Möglichkeit der Geltendmachung des „kleinen Schadenersatzes“ grundsätzlich gerade das Recht eingeräumt wird, an der Beteiligung festzuhalten und ihren Minderwert zu liquidieren.<sup>128</sup>

f)

Bei einem auf Treu und Glauben gestützten **Auskunftsbegehren** muss der Anspruchsberechtigte zunächst alle ihm **zumutbaren Anstrengungen** unternehmen, die **Auskunft auf andere Weise** zu erlangen. Eine **vorrangig zu nutzende Informationsmöglichkeit** ist regelmäßig dann gegeben, wenn ein **unmittelbarer**, nicht auf § 242 BGB gestützter gesetzlicher oder vertraglicher **Auskunftsanspruch gegen eine andere Person** oder Stelle

<sup>126</sup> BGH, a.a.O., Rn. 23 f.

<sup>127</sup> BGH, a.a.O., Rn. 29.

<sup>128</sup> BGH, a.a.O., Rn. 36.

besteht. Sieht der Berechtigte von vornherein **schuldhaft davon ab**, auf andere Erkenntnismöglichkeiten zuzugreifen, kann er einen Auskunftsanspruch **nicht mehr auf § 242 BGB stützen**. Das hat der III. Zivilsenat am 08. Februar 2018<sup>129</sup> in Bestätigung und Fortführung seines Urteils vom 09. November 2017<sup>130</sup> ausgesprochen.

Nach dem Dafürhalten des Senats standen dem Anleger, der sich als **Direktkommanditist** an einer Fondsgesellschaft beteiligt hatte und mit der Klage die **Mittelverwendungskontrolleurin** auf Auskunft in Anspruch nimmt, vorrangig zu nutzende Informationsmöglichkeiten zur Verfügung, so dass er nicht, wie für einen Auskunftsanspruch erforderlich, in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen war.<sup>131</sup> Als Direktkommanditist hätte er nämlich die Fondsgesellschaft auf Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft und gegebenenfalls auf Auskunft in Anspruch nehmen können (§ 166 Abs. 1 HGB). Wenn die erforderlichen Angaben nicht aus den Büchern und Papieren der Gesellschaft ersichtlich sind, weil diese zum Beispiel Lücken oder Widersprüche aufweisen, kann das Informationsrecht des Kommanditisten nach § 166 HGB ausnahmsweise zum Auskunftsrecht des einzelnen Gesellschafters erstarken. Darüber hinaus ist jedenfalls bei Publikumsgesellschaften ein allgemeines Auskunfts- und Einsichtsrecht des Kommanditisten dort anzuerkennen, wo er die Informationen zur Ausübung seiner Rechte in der KG benötigt. Schließlich kommt nach §§ 713, 666 BGB i.V.m. § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB ein (kollektives) Informationsrecht aller Gesellschafter gegen den **geschäftsführenden Gesellschafter** in Betracht, welches von jedem einzelnen Gesellschafter zu Gunsten der Gesellschaft im Wege der **actio pro socio** geltend gemacht werden kann.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> [III ZR 65/17](#) – juris; vgl. auch die Hinweisbeschlüsse des Senats vom 08. März 2018 in den Verfahren [III ZR 114/17](#), [III ZR 133/17](#).

<sup>130</sup> [III ZR 610/16](#), WM 2017, 2296; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017.

<sup>131</sup> BGH, Urteil vom 08. Februar 2018 – [III ZR 65/17](#) – juris, Rn. 26.

<sup>132</sup> BGH, a.a.O., Rn. 26.

Da der Kläger **nicht wenigstens den Versuch** unternommen hatte, die von ihm für erforderlich gehaltenen Informationen zur Mittelanforderung durch die Fondsgesellschaft (Überweisungsträger/Überweisungsdatenträger) sowie zu schriftlichen Nachweisen (Investition des Kommanditkapitals) über die ihm gesellschaftsvertraglich zustehenden Informationsrechte **gegenüber der Fondsgesellschaft** geltend zu machen, ist ihm nach Ansicht des Senats ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB gegenüber der Mittelverwendungskontrolleurin verwehrt.<sup>133</sup>

Der auf § 242 BGB gestützte Auskunftsanspruch scheitert nach dem Dafürhalten des Senats ferner daran, dass die Beklagte, deren Tätigkeit als Mittelverwendungskontrolleurin im Jahre 2011 endete, **nicht auskunftsfähig** ist. Denn sie ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts **nicht (mehr) im Besitz derjenigen Unterlagen**, deren Vorlage der Kläger verlangt. Da sie schon während der Dauer des Mittelkontrollverwendungsvertrags nicht verpflichtet war, die Originale oder Kopien der jeweils eingesehenen schriftlichen Nachweise (z.B. Verträge, Prognosen, Garantieerklärungen) lückenlos aufzubewahren, musste sie diese auch nach Vertragsende nicht zur Erfüllung einer insoweit nicht bestehenden Auskunfts- und Rechenschaftspflicht bei der Fondsgesellschaft beschaffen.<sup>134</sup>

Dies führte zur Bestätigung des Berufungsurteils, das einen Auskunftsanspruch ebenfalls verneint hatte.

#### g)

In seinem Urteil vom 27. Februar 2018<sup>135</sup> hatte der II. Zivilsenat Gelegenheit, zu den Anforderungen an die **Prospektangaben** bei einem Filmfonds mit **Defeasance-Struktur** Stellung zu nehmen. Danach kann es einen Prospektfehler darstellen, wenn von einer Fondsgesellschaft bei einer Anlage mit einer sogenannten Defeasance-Struktur die Gelder vom Produktionsdienstleister über den Lizenznehmer **an die Bank weitergeleitet**

---

<sup>133</sup> BGH, a.a.O., Rn. 27.

<sup>134</sup> BGH, a.a.O., Rn. 29.

<sup>135</sup> [II ZR 193/16](#) – juris.



werden, wenn dies im Prospekt nicht vorgesehen ist, sondern der Eindruck erweckt worden ist, das Fondskapital werde **unmittelbar für die Filmproduktion** eingesetzt. Eine **darlehensweise Weiterleitung von Mitteln** an den Lizenznehmer stellt eine für den Anleger wesentliche Abweichung dar, wenn in dem Prospekt nicht zum Ausdruck kommt, dass die tatsächliche Realisierung eines Filmprojekts wirtschaftlich nicht vom Kapital der Fondsgesellschaft abgesichert ist, sondern von der **wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Produktionsdienstleisters** abhängt, der hinsichtlich seiner Ansprüche auf Rückzahlung des dem Lizenznehmer gewährten Darlehens dessen Insolvenzrisiko trägt.<sup>136</sup>

Der Eindruck, dass die Fondsmittel allein und unmittelbar der Filmproduktion zur Verfügung gestellt werden würden, wird von dem Prospekt jedoch nicht hervorgerufen, wenn darin vorgesehen ist, dass die Filmprojekte erst in einer späteren **Gesellschafterversammlung ausgewählt**, und **unmittelbar** nach dieser Gesellschafterentscheidung die während der Produktionsphase anfallenden Produktionskosten **an die Produktionsdienstleisterin ausbezahlt** werden. Daraus ist nach Ansicht des Senats für einen durchschnittlichen Anleger ohne weiteres erkennbar, dass der Produktionsdienstleister die schon **vor Entstehen der Produktionskosten entgegengenommenen Fondsgelder** zumindest **zinsbringend anlegen** wird, bis er die entsprechenden Beträge für die Produktion der Filme benötigt. Da anderweitige Mitteilungen im Prospekt über Zahlungswege fehlen, kann nach dem Dafürhalten des Senats allein die Angabe, dass ein bestimmter **Prozentsatz des Fondsvermögens für die Aufbringung der Produktionskosten** verwendet werden soll, bei einem durchschnittlichen Anleger nicht den Eindruck erwecken, die Fondsmittel würden unmittelbar für die Produktionskosten eingesetzt und eine anderweitige auch nur **vorübergehende Einzahlung auf andere Konten**, wie etwa Anlagekonten, komme nicht in Betracht.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 – [II ZR 193/16](#) – juris, Rn. 10.

<sup>137</sup> BGH, a.a.O., Rn. 12.

Damit ist der Senat der Bewertung des Berufungsgerichts entgegengetreten, das noch angenommen hatte, der Prospekt erwecke bei den Anlegern den Eindruck, dass die von ihnen einbezahlten Gelder i.H.v. 90,44 % direkt ohne zwischenzeitliche Umleitung zur Herstellung der Filme aufgewendet würden. Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung zur Klärung, ob sich durch die Weiterleitung der Zahlungen ein erhebliches und damit aufklärungspflichtiges Insolvenzrisiko des Produktionsdienstleisters ergab.<sup>138</sup>

**h)**

Wie der II. Zivilsenat am 17. April 2018<sup>139</sup> entschieden hat, sind die einen nicht rein kapitalistisch als Anleger mit eigener Einlage einer Publikumsgesellschaft beigetretenen Altgesellschafter treffenden **Aufklärungspflichten bei der Anbahnung des Aufnahmevertrags** gegenüber den nach ihm rein kapitalistisch als Anleger beitretenden Gesellschaftern **unabhängig von der Höhe der Kapitaleinlage des Altgesellschafter** und der **Anzahl weiterer Gesellschafter**.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine **Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss** bei einer **Publikumspersonengesellschaft** insoweit ausgeschlossen, als sie sich gegen **Altgesellschafter** richten würde, die nach der Gründung der Gesellschaft **rein kapitalistisch als Anleger** beigetreten sind.<sup>140</sup> Unter diese Ausnahme fällt, wie der Senat nunmehr klargestellt hat, nicht ein **Treuhandkommanditist**, der nicht ausschließlich Anlageinteressen verfolgt, sondern als Treuhänder in das Organisationsgefüge der Fondsgesellschaft eingebunden ist und für seine Dienste eine jährliche **Vergütung** in Höhe von maximal 0,1 % des Kommanditkapitals erhält.<sup>141</sup> Die Haftung des Treuhandkommanditisten wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (**Prospekthaftung im weiteren Sinn**) ist in einem solchen Fall nicht deshalb ausgeschlossen, weil dieser im

---

<sup>138</sup> BGH, a.a.O., Rn. 15.

<sup>139</sup> [II ZR 265/16](#) – juris.

<sup>140</sup> BGH, Urteil vom 17. April 2018 – [II ZR 265/16](#) – juris, Rn. 19.

<sup>141</sup> BGH, a.a.O., Rn. 20.

Verhältnis zu vielen anderen Gesellschaftern mit einer **verhältnismäßig kleinen Kapitaleinlage** (hier: 100,00 €) beteiligt ist. Hält der Treuhänder einen **eigenen Anteil**, sind die ihn als Altgesellschafter treffenden Aufklärungspflichten bei der Anbahnung des Aufnahmevertrags **unabhängig von der Höhe** dieser Beteiligung und der Anzahl weiterer Gesellschafter.<sup>142</sup>

In der Entscheidung nimmt der Senat weiter zur den Anforderungen an die **Zurechnung einer Aufklärungspflichtverletzung eines Vermittlers** an einen **aufklärungspflichtigen Altgesellschafter** nach § 278 BGB Stellung, wenn der **Vermittler von der Fondsgesellschaft beauftragt** wurde<sup>143</sup>. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist, dass den aufklärungspflichtigen Altgesellschafter **selbst die Pflicht trifft**, einem Beitrittsinteressenten ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermitteln und ihn über alle Umstände aufzuklären, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können. Der aufklärungspflichtige Altgesellschafter, der sich zu den vertraglichen Verhandlungen über einen Beitritt **eines eingeschalteten Vertriebs bedient** und daher diesem oder von diesem eingeschalteten Untervermittlern die von ihm geschuldete Aufklärung der Beitrittsinteressenten überlässt, haftet über § 278 BGB für deren unrichtige oder unzureichende Angaben. Nach Ansicht des Senats ist die Einschaltung eines Vertriebs einer Altgesellschafterin **auch zurechenbar**, wenn sie **nicht selbst** einen Vertrieb einschaltet, sondern die geschuldete Aufklärung einem Mitgesellschafter oder der **Fondsgesellschaft überlässt und diese ihrerseits einen Vertrieb einschaltet**.<sup>144</sup>

Das Berufungsurteil konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte noch bezweifelt, ob die vom Kläger behauptete anfängliche Beteiligung der beklagten Treuhandkommanditistin mit 100,00 € eigenem Kommanditanteil angesichts der Anzahl und der Beteiligung anderer Kommanditisten an dem Fonds ausreiche, um einen maßgeblichen An-

---

<sup>142</sup> BGH, a.a.O., Rn. 21.

<sup>143</sup> BGH, a.a.O., Rn. 22 f.

<sup>144</sup> BGH, a.a.O., Rn. 30.

knüpfungspunkt für das erforderliche Eigeninteresse der Beklagten bilden zu können. Daneben sei zur Auffüllung eines Haftungstatbestands auch nicht ausreichend erkennbar vorgetragen, auf welcher tatsächlichen Grundlage der Vermittler bei der Beratung im Auftrag der Beklagten tätig geworden sein soll. Dies hat der Senat aus den dargelegten Gründen beanstandet. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren müssen nunmehr die erforderlichen Feststellungen zu den von dem Kläger behaupteten Aufklärungsmängeln und zum Zeitpunkt des Beitritts der Beklagten getroffen werden, wobei der Senat darauf hingewiesen hat, dass die Beklagte zum **Zeitpunkt ihres Beitritts** eine **sekundäre Darlegungslast** trifft.<sup>145</sup> Nach Ansicht des Senats hat der Kläger auch ausreichend dargelegt, dass der als fehlerhaft beanstandete **Prospekt bei der Beratung Verwendung** gefunden hat. Dafür genügt es, wenn er den Anlagevermittlern oder -beratern als **Arbeitsgrundlage für ihre Beratungsgespräche** dient.<sup>146</sup> Diese Voraussetzung hat der Kläger nach dem Dafürhalten des Senats ausreichend durch den beweisbewehrten Vortrag ausgefüllt, dass der Vertriebsmitarbeiter **auf der Grundlage des Emissionsprospekts geschult** worden und dieser als alleinige Arbeitsgrundlage verwendet worden sei.<sup>147</sup> Unzutreffende Angaben des Vermittlers wären der Beklagten im Übrigen **auch dann zuzurechnen**, wenn der verwendete **Prospekt hinreichende Aufklärung** vermitteln sollte, denn dies ist kein Freibrief, Risiken abweichend hiervon darzustellen und mit Erklärungen ein Bild zu zeichnen, das die Hinweise im Prospekt für die Entscheidung des Anlegers **entwertet oder mindert**.<sup>148</sup>

## 6.-9.

### **Factoring/Leasing, Geldwäsche, Bankenaufsicht, Steuerliche Bezüge**

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

---

<sup>145</sup> BGH, a.a.O., Rn. 33.

<sup>146</sup> BGH, a.a.O., Rn. 24.

<sup>147</sup> BGH, a.a.O., Rn. 26.

<sup>148</sup> BGH, a.a.O., Rn. 27.

## 10. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

### a)

Schadensersatzansprüche aus **Prospekthaftung im weiteren Sinne**, aus **§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB (Kapitalanlagebetrug)** und aus **§ 826 BGB (sittenwidrige Schädigung)**, die auf die **Rückabwicklung einer Fondsbeteiligung** gerichtet sind und im Kern darauf gestützt werden, dass durch den **Emissionsprospekt** ein unzutreffender Eindruck von den Risiken der Beteiligung vermittelt worden sei, betreffen im Regelfall **denselben Streitgegenstand**. Das hat der II. Zivilsenat mit Urteil vom 21. November 2017 ausgesprochen.<sup>149</sup>

Der Streitgegenstand i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO wird durch den **Klageantrag**, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den **Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund)** bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Zum Anspruchsgrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten **Tatsachenkomplex** gehören. Vom Streitgegenstand werden damit **alle materiell-rechtlichen Ansprüche** erfasst, die sich im Rahmen des gestellten Antrags aus dem zur Entscheidung unterbreiteten Lebenssachverhalt herleiten lassen.<sup>150</sup>

Gemessen daran bilden die im Streitfall in Rede stehenden Ansprüche aus Prospekthaftung im weiteren Sinne, aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB und aus § 826 BGB **keine Mehrheit von Streitgegenständen**. Sie unterliegen insbesondere keiner durch eine Verselbständigung der einzelnen Lebensvorgänge erkennbar unterschiedlichen Ausgestaltung, weil sämtliche Ansprüche werden **im Kern darauf gestützt** werden,

---

<sup>149</sup> [II ZR 180/15](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidungen vom gleichen Tag in den Verfahren [II ZR 181/15](#) bis [II ZR 191/15](#).

<sup>150</sup> BGH, Urteil vom 21. November 2017 – [II ZR 180/15](#) – juris, Rn. 17 f.

dass der **Emissionsprospekt fehlerhaft** gewesen sei und den Anlegern, hier dem Kläger, einen unzutreffenden Eindruck von den Risiken und Nachteilen der Fondsbeteiligung vermittelt habe. Dies gilt nach Ansicht des Senats auch für die Vorwürfe des Kapitalanlagebetrugs und der sittenwidrigen Schädigung, da die der Beklagten zu 1), der Rechtsvorgängerin der Herausgeberin des Emissionsprospekts sowie Initiatorin und Geschäftsbesorgerin der Fondsgesellschaft, angelastete Tathandlung gerade in der **Verwendung eines unzutreffenden Prospektes** besteht. Die damit gegebene **Verklammerung der materiell-rechtlichen Ansprüche** durch den vom Gericht zu überprüfenden Prospekt bewirkt, dass der Tatsachenstoff nicht sinnvoll auf unterschiedliche, den einzelnen Anspruchsnormen zugeordnete Geschehensabläufe aufgeteilt werden kann.<sup>151</sup>

Dieser Betrachtungsweise steht nicht entgegen, dass sich die Anspruchsgrundlagen **in einzelnen Merkmalen**, insbesondere in den subjektiven Voraussetzungen und den Anforderungen an die Passivlegitimation, **unterscheiden**. Derartige Unterschiede, die auch für andere geläufige Konstellationen einer streitgegenstandsidentischen Anspruchskonkurrenz **typisch** sind, begründen im Regelfall keine unterschiedlichen Streitgegenstände, sofern die Haftung maßgeblich auf **dasselbe Tatgeschehen** gestützt wird.<sup>152</sup> Der Senat verweist darauf, dass schon die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Fällen, in denen ein Schadensersatzanspruch wegen eines fehlerhaften Emissionsprospekts auf Prospekthaftung im weiteren Sinne und auf Delikt, sowie häufig auch auf Prospekthaftung im engeren Sinne gestützt wurde, erkennbar von einem einheitlichen Streitgegenstand ausgeht. Desgleichen ist bei der Bestimmung des Streitgegenstandes **nicht zwischen einzelnen Prospekt- oder Beratungsfehlern zu differenzieren**.<sup>153</sup>

Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, zur Begründung der gel-

---

<sup>151</sup> BGH, a.a.O., Rn. 20.

<sup>152</sup> BGH, a.a.O., Rn. 21.

<sup>153</sup> BGH, a.a.O., Rn. 22.

tend gemachten materiell-rechtlichen Ansprüche seien verschiedene Lebenssachverhalte vorzutragen, die sich grundlegend voneinander unterscheiden und daher je eigene Streitgegenstände bildeten. Davon ausgehend hatte es die Klage als wegen fehlender **Bestimmtheit der Klageanträge** unzulässig behandelt. Der Kläger hatte auch nach entsprechendem Hinweis des Berufungsgerichts nicht abgegeben, in welcher **Reihenfolge** die verschiedenen, der Klage zugrunde gelegten Streitgegenstände geprüft werden sollten.

Dem ist der II. Zivilsenat entgegengetreten. Zwar verstößt eine **alternative Klagehäufung**, bei der der Kläger ein einheitliches Klagebegehren aus mehreren prozessualen Ansprüchen (Streitgegenständen) herleitet und **dem Gericht die Auswahl überlässt**, auf welchen Klagegrund es die Verurteilung stützt, grundsätzlich gegen das Gebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, den Klagegrund bestimmt zu bezeichnen.<sup>154</sup> Eine solche alternative Klagehäufung (Mehrheit von Streitgegenständen) liegt hier nach Ansicht des Senats aus den genannten Gründen aber nicht vor, und zwar in keinem der Prozessrechtsverhältnisse. Er stellt klar, dass für die Frage, inwieweit eine unzulässige alternative (objektive) Klagehäufung vorliegt, nicht etwa eine übergreifende Gesamtbetrachtung vorzunehmen, sondern zwischen den **einzelnen Prozessrechtsverhältnissen** – hier: des Klägers zu den Beklagten zu 1) bis 3) – zu differenzieren ist. Eine unzulässige alternative Klagehäufung, wie sie das Berufungsgericht angenommen hat, kommt von vorneherein nur in dem jeweiligen Prozessrechtsverhältnis in Betracht. Die in der **gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme** mehrerer einfacher Streitgenossen (§§ 59, 60 ZPO) liegende **subjektive Klagehäufung** ist hingegen eine **kumulative Klagehäufung**, bei der dem Kläger die Angabe einer Reihenfolge nicht abverlangt werden kann.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> BGH, a.a.O., Rn. 8.

<sup>155</sup> BGH, a.a.O., Rn. 10.

b)

In seinem Urteil vom 19. Dezember 2017<sup>156</sup> hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, sich zum **Grundsatz der Staatenimmunität** zu äußern, wenn die Klage auf **Rückzahlungsansprüche aus Staatsanleihen** gestützt ist, die infolge der nachträglich **durch Gesetz eingeführten Allgemeinverbindlichkeitserklärung** einer Gläubigerentscheidung gegen andere Staatsanleihen ausgetauscht worden sind.

Staatenimmunität besteht nach dem als Bundesrecht i.S.v. Art. 25 GG geltenden **allgemeinen Völkergewohnheitsrecht** grundsätzlich für solche Akte, die **hoheitliches Handeln eines Staates** darstellen („acta iure imperii“), soweit der ausländische Staat auf sie nicht verzichtet. Andernfalls könnte die rechtliche Prüfung durch die Gerichte eine Beurteilung des hoheitlichen Handelns erfordern, was mit dem Prinzip der **souveränen Gleichheit von Staaten** und dem daraus folgenden Rechtsprinzip, dass Staaten nicht übereinander zu Gericht sitzen, nicht vereinbar wäre.<sup>157</sup> Die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Staatstätigkeit richtet sich nach der **Natur der staatlichen Handlung** oder des entstandenen Rechtsverhältnisses. Es kommt darauf an, ob der ausländische Staat in Ausübung der ihm zustehenden **Hoheitsgewalt** und damit öffentlich-rechtlich oder wie eine Privatperson, also privatrechtlich, tätig geworden ist.<sup>158</sup>

Nach diesen Grundsätzen steht der Zahlungsklage gegen die **Hellenische Republik** aus von dieser **emittierten Staatsanleihen** der Grundsatz der Staatenimmunität entgegen, soweit sie (hilfsweise) auf **Schadensersatzansprüche wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung** bzw. wegen rechtswidriger **Enteignung** oder enteignungsgleichen Eingriffs gestützt ist. Insoweit besteht das maßgebliche, potentiell haftungsbegründende Verhalten der Beklagten im Erlass eines im Zuge der **Restrukturierung des griechischen Staatshaushalts** beschlossenen Gesetzes

---

<sup>156</sup> [XI ZR 796/16](#) – juris.

<sup>157</sup> BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – [XI ZR 796/16](#) – juris, Rn. 16.

<sup>158</sup> BGH, a.a.O., Rn. 17.



vom 23. Februar 2012 sowie einem Beschluss des Ministerrats vom 09. März 2012, aufgrund derer die Mehrheitsentscheidung der Gläubiger über das Angebot, die betroffenen Anleihepapiere gegen neue Staatsanleihen und Schuldverschreibungen mit einem um 53,5 % verringerten Nennwert umzutauschen, allgemeinverbindlich wurde und bei denen es sich um **hoheitliche Maßnahmen** handelt, deren Rechtmäßigkeitskontrolle der Grundsatz der Staatenimmunität verhindern will.<sup>159</sup>

Nichts anderes gilt, soweit die Klage auf **vertragliche Rückzahlungsansprüche** aus den ursprünglich erworbenen Staatsanleihen bzw. auf vertragliche Ersatzansprüche wegen deren Nichterfüllung gestützt ist.<sup>160</sup> Zwar stellt die Kapitalaufnahme durch Emission von Staatsanleihen nach ganz überwiegender Ansicht ein nicht-hoheitliches Handeln dar. Für die Frage der Immunität kommt es aber nicht auf die Rechtsnatur des Grundverhältnisses an, sondern auf die Natur der staatlichen Handlung, also die **Rechtsnatur der Maßnahme, über deren Berechtigung die Parteien streiten**.<sup>161</sup> Nach diesen Maßgaben ist für die Beurteilung der Immunität im Streitfall unabhängig von der rechtlichen Einkleidung der geltend gemachten Zahlungsansprüche nicht die Rechtsnatur der Kapitalaufnahme durch Emission von Staatsanleihen, sondern die Rechtsnatur der hoheitlichen Maßnahmen der Beklagten, die letztlich zur Ausbuchung der Anleihen aus den Wertpapierdepots der Kläger führten, maßgeblich.<sup>162</sup> Damit steht der Klage auch insoweit die Staatenimmunität entgegen, denn die Zuerkennung eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs würde denknotwendig voraussetzen, dass das angerufene Gericht die Rechtswidrigkeit und eine daraus ggf. resultierende Nichtigkeit oder Unbeachtlichkeit des Ministerratsbeschlusses vom 09. März 2012 und des betreffenden Gesetzes feststellt.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> BGH, a.a.O., Rn. 17.

<sup>160</sup> BGH, a.a.O., Rn. 20.

<sup>161</sup> BGH, a.a.O., Rn. 22.

<sup>162</sup> BGH, a.a.O., Rn. 23 f.

<sup>163</sup> BGH, a.a.O., Rn. 25.

Dies führte zur Bestätigung der Entscheidung des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht hatte die Klage der Erwerber **griechischer ISN-GR-Anleihen**, die ohne deren Zustimmung gegen neue Anleihen mit geringerem Nennwert sowie anderer Stückelung und Laufzeit getauscht wurden, ebenfalls als unzulässig behandelt.

**c)**

Das **Feststellungsziel**, die Fehlerhaftigkeit einer Kapitalmarktinformation „**insbesondere**“ aufgrund von im Folgenden wiedergegebenen Aussagen bzw. Auslassungen festzustellen, ist hinsichtlich der im Folgenden nicht wiedergegebenen Aussagen bzw. Auslassungen **nicht hinreichend bestimmt**. Das hat der II. Zivilsenat am 09. Januar 2018<sup>164</sup> im Anschluss an einen Beschluss des XI. Zivilsenats vom 19. September 2017<sup>165</sup> ausgesprochen. Zugleich hat er entschieden, dass für die **nachträgliche inhaltliche Ergänzung** einer fristgerecht eingereichten Rechtsbeschwerdebegründung um eine weitere Rüge **keine Wiedereinsetzung** zu gewähren ist.

Im Musterverfahren tritt der **Vorlagebeschluss** (§ 6 Abs. 1 KapMuG) an die Stelle einer verfahrenseinleitenden Klageschrift, so dass die dort aufgenommenen Feststellungsziele die zu treffenden Feststellungen ebenso **bestimmt bezeichnen** müssen.<sup>166</sup> Das Oberlandesgericht konnte daher im Streitfall davon absehen, den Prospekt über die konkret angegebenen Beanstandungspunkte hinaus auf **weitere Prospektfehler** zu untersuchen. Hierzu war das Oberlandesgericht nicht aufgrund des „insbesondere“-Zusatzes im Feststellungsziel 1 verpflichtet, da es insoweit, d.h. hinsichtlich einer über die im Folgenden unter 1 a) bis 1 d) angegebenen konkreten Feststellungsziele hinaus, an einem hinreichend bestimmten Feststellungsziel fehlte (§ 11 Abs. 1 Satz 1 KapMuG i.V.m. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> [II ZB 14/16](#) – juris.

<sup>165</sup> [XI ZB 17/15](#); vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017.

<sup>166</sup> BGH, Beschluss vom 09. Januar 2018 – [II ZB 14/16](#) – juris, Rn. 56.

<sup>167</sup> BGH, a.a.O., Rn. 55.

Für den in diesem Zusammenhang gestellten **Wiedereinsetzungsantrag** des Musterklägers für die Verfahrensrüge, das Oberlandesgericht habe ihnen **keinen Hinweis** auf Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit der uneingeschränkten Formulierung im Feststellungsziel 1 erteilt, sah der Senat keinen Raum. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt gemäß § 233 Satz 1 ZPO die **Versäumung einer Frist** voraus. Die Fristen zur Rechtsbeschwerde- bzw. Beitrittsbegründung sind hier indes eingehalten worden, nur soll die bisherige Begründung nachträglich um eine weitere Rüge ergänzt werden. Für eine solche **nachträgliche inhaltliche Ergänzung** einer an sich **fristgerecht eingereichten Rechtsmittelbegründung** ist nach dem Dafürhalten des Senats keine Wiedereinsetzung zu gewähren.<sup>168</sup>

Dies führte zur Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. Das Oberlandesgericht hatte zutreffend erkannt, dass einschlägige Prospektmängel im Sinne der Feststellungsziele 1 a) bis 1 d) nicht vorlagen und daher auch die mit dem Feststellungsziel 2 begehrte Feststellung (betreffend die Kausalitätsvermutung) nicht getroffen werden konnte.<sup>169</sup> Der Senat hat insbesondere die Auffassung des Oberlandesgerichts bestätigt, wonach der Prospekt in Anbetracht des aus Sicht des Jahres 2007 **plausiblen Konzepts** der Dachfonds-Verwalterin zur **Finanzierung der Aufwendungen** für das **Andienungsrecht** im Jahr 2011 keine näheren Angaben zu ihrer **wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit** oder der Art der Finanzierung enthalten musste.<sup>170</sup>

#### d)

In seiner Entscheidung vom 07. Juni 2018<sup>171</sup> befasst sich der III. Zivilsenat mit den **Anforderungen an den Vortrag** und den Zeugenbeweistritt einer Partei, die Ansprüche wegen **nicht objektgerechter Beratung** gel-

---

<sup>168</sup> BGH, a.a.O., Rn. 58.

<sup>169</sup> BGH, a.a.O., Rn. 30 f.

<sup>170</sup> BGH, a.a.O., Rn. 30.

<sup>171</sup> [III ZR 210/17](#) – juris.

tend macht, zugleich aber vorträgt, **selbst keine konkreten Erinnerungen** an die Beratungsgespräche zu haben. Er hebt hervor, dass eine Partei, die sich an ein Geschehen nicht zu erinnern vermag, gleichwohl eine ihr günstige Behauptung dazu unter **Zeugenbeweis** stellen kann, wenn sie **hinreichende Anhaltspunkte** dafür vorträgt, dass der **Zeuge das notwendige Wissen** hat. Ob und inwieweit der Zeuge in der Lage ist, sich zu erinnern, ist erst durch die Vernehmung des Zeugen und die daran anschließende Würdigung seiner Aussage zu klären. Der Grad der Wahrscheinlichkeit der Sachverhaltsschilderung der Partei ist ohne Bedeutung.<sup>172</sup>

Nach diesen Maßstäben war es nach Ansicht des Senats ausreichend, dass die Klägerin unter Bezugnahme auf das **Zeugnis ihres Ehemanns** im Einzelnen vorgetragen hat, mündlich in den Beratungsgesprächen nicht über die diversen Risiken der von ihr gezeichneten Beteiligungen aufgeklärt worden zu sein.<sup>173</sup> Die Klägerin musste auch nicht näher darlegen, welche Behauptungen konkret und **allein auf den Erinnerungen ihres Ehemanns** beruhten. Sie hatte nämlich **sämtliche** mündlichen Beratungsfehler in das Zeugnis ihres Ehemanns gestellt, der bei **allen Gesprächen anwesend** war.<sup>174</sup>

Dies führte zur **Zulassung der Nichtzulassungsbeschwerde**, soweit die Klägerin Ansprüche wegen nicht objektgerechter Beratung geltend macht und in diesem Umfang zugleich zur **Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 544 Abs. 7 ZPO**. Indem die Vorinstanzen von der Klägerin die Darlegung verlangt hatten, welches Vorbringen sich konkret auf das Wissen ihres Ehemanns beziehungsweise allein auf dessen Erinnerungen stütze, und mit dieser Begründung die Zeugenvernehmung abgelehnt haben, haben sie nach dem Dafürhalten des Senats **verfahrensfehlerhaft**

---

<sup>172</sup> BGH, Beschluss vom 07. Juni 2018 – [III ZR 210/17](#) – juris, Rn. 4.

<sup>173</sup> BGH, a.a.O., Rn. 6.

<sup>174</sup> BGH, a.a.O., Rn. 7.

**überspannte Anforderungen** an den Vortrag gestellt und damit das **rechtliche Gehör** der Klägerin verletzt.<sup>175</sup> Seite 53 von 53

Karlsruhe, den 30. August 2018

Dr. Peter Rädler

---

<sup>175</sup> BGH, a.a.O., Rn. 4.