

## **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 1. Halbjahr 2019**

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

Nachstehend haben wir für Sie die im 1. Halbjahr 2019 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst<sup>1</sup>. Berücksichtigt sind die bis zum 15. Juli 2019 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 1. Halbjahr 2019 werden in die nachfolgende Rechtsprechungsübersicht aufgenommen.

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

Besonders hervorzuheben sind die folgenden Entscheidungen:

- Der XI. Zivilsenat hat mit Urteil vom 19. Februar 2019 (– XI ZR 562/17 –) seine Rechtsprechung zur Unwirksamkeit einer formularmäßigen Klausel zu Bearbeitungsentgelten für Abschluss und Vollzug von Darlehensverträgen auf ein so bezeichnetes „Entgelt für individuelle Beratungsleistung“ ausgedehnt und mit Urteil

---

<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](#)“.

vom 19. März 2019 (– XI ZR 9/18 –) strenge Anforderungen an die Ausnahme gestellt, dass ein Bearbeitungsentgelt zwischen den Parteien ausgehandelt ist (Newsletter, S. 3 f.).

- Der XI. Zivilsenat war im Berichtszeitraum erneut umfangreich mit Verfahren betreffend den Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen befasst (Newsletter, S. 10 f.).
- Mit Urteil vom 19. März 2019 (– XI ZR 280/17 –) hat der XI. Zivilsenat umstrittene Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Geschäftstagsregelung des § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB geklärt (Newsletter, S. 24 f.).
- Der II. Zivilsenat hat mit Urteil vom 08. Januar 2019 (– II ZR 139/17 –) seine Rechtsprechung zur Haftung der Altgesellschafter einer Fondsgesellschaft für Aufklärungsmängel bei fehlerhaften Prospektangaben fortgeführt (Newsletter, S. 29 f.).
- Nach einem Urteil des III. Zivilsenats vom 10. Januar 2019 (–III ZR 109/17 –) ist eine vorformulierte Bestätigung des Anlegers, die Risikohinweise in einem Emissionsprospekt zur Kenntnis genommen zu haben, unwirksam (Newsletter, S. 32 f.).
- Fragen zum Schadensersatz wegen behauptet fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an einem geschlossenen Lebensversicherungsfonds behandelt das Urteil des III. Zivilsenats vom 16. Mai 2019 (– III ZR 176/18 –, Newsletter, S. 52 f.).

**1.**  
**Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden,  
insbesondere Allgemeine Geschäftsbedingungen,  
Bankvertragsrecht, das Konto und dessen Sonderformen**

**a)**

In Fortführung seines Urteils vom 04. Juli 2017<sup>2</sup> hat sich der XI. Zivilsenat am 19. Februar 2019<sup>3</sup> zur **Unwirksamkeit einer formularmäßigen Klausel** über als „**Entgelt für individuelle Beratungsleistung**“ bezeichnete **Bearbeitungsentgelte für Abschluss und Vollzug von Darlehensverträgen** geäußert.

Der Senat knüpft an seine Rechtsprechung an, wonach durch **Auslegung** zu ermitteln ist, ob eine Klausel eine **kontrollfähige Preisnebenabrede** oder eine **kontrollfreie Preisabrede** enthält, und **Zweifel** auch insoweit nach der Vorschrift des § 305c Abs. 2 BGB **zulasten des Klauselverwenders** gehen.<sup>4</sup> Auf dieser Basis sieht er die Klausel:

„Alle durch den Abschluss und Vollzug dieses Vertrages einschließlich der Sicherheitenbestellung entstehenden Kosten trägt der Darlehensnehmer. Dies sind:

...

- Entgelt für individuell erbrachte Beratungsleistung in Höhe von ... EUR;

...“

als kontrollfähige Preisnebenabrede an, weil der **Gegenstand** der angeblich zu entgeltenden „individuell erbrachten“ Beratung **inhaltlich unbestimmt** bleibt.<sup>5</sup> Im Kontext mit dem weiteren Inhalt der Klausel („Alle durch den Abschluss und Vollzug dieses Vertrages einschließlich der Sicherheitenbestellung entstehenden Kosten [...]. Dies sind:“) vermag der Senat nicht auszuschließen, dass ein durchschnittlicher, rechtlich nicht gebildeter, verständiger Kunde annehmen wird, die Sparkasse verlange auch in-

<sup>2</sup> [XI ZR 562/15](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017.

<sup>3</sup> [XI ZR 562/17](#) – juris.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 562/17](#) – juris, Rn. 19 f.

<sup>5</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 22.

soweit ein **einmaliges Entgelt für den Abschluss und den Vollzug des Darlehensvertrages**. Demnach würde es sich der Sache nach um ein **Bearbeitungsentgelt** und damit um eine der **Inhaltskontrolle** unterliegende – und ihr nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Senats nicht standhaltende<sup>6</sup> – Preisnebenabrede handeln.<sup>7</sup> Dieser Zweifel geht zu Lasten des Verwenders.<sup>8</sup>

Das Berufungsurteil konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte die Klausel noch als Entgeltregelung für Sonderleistungen der Beklagten im Zusammenhang mit der **Übernahme des „Ablöse- und Treuhandauftrags“** angesehen. Die beiden Darlehensverträge dienten zur **Ablösung anderweitiger Verbindlichkeiten** des Klägers; dazu und zur **Übertragung von Grundschulden** auf die Beklagte hatte der Kläger der Beklagten einen „Ablöse- und Treuhandauftrag“ erteilt.

Den von der Beklagten **hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Vergütungsanspruch** für die Ausführung des „Ablöse- und Treuhandauftrags“ hat der Senat ebenfalls verneint.<sup>9</sup> An einer ausdrücklichen Entgeltvereinbarung (§ 675 BGB) fehlte es, weil die oben erörterte Klausel unwirksam ist.<sup>10</sup> Die Annahme einer stillschweigenden Vergütungsvereinbarung (§ 632 Abs. 1 BGB bzw. § 612 Abs. 1 BGB) scheitert nach der Beurteilung des Senats daran, dass die Sparkasse die beschriebenen Tätigkeiten bei der Auszahlung der Darlehensvaluta und bei der Übernahme der dafür vorgesehenen Sicherheiten vorwiegend im eigenen Interesse erbracht hat, sodass nach den Umständen nicht zu erwarten war, dass dafür eine gesonderte Vergütung anfällt.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 25 mit Hinweis auf Urteile vom 13. Mai 2014 – [XI ZR 405/12](#) – juris, Rn. 63 ff. (Verbraucherdarlehen); vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 562/15](#) – juris, Rn. 37 ff. und vom 16. Oktober 2018 – [XI ZR 593/16](#) – juris, Rn. 22 ff. (Unternehmerdarlehen); vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2014, II/2017 und II/2018.

<sup>7</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 23.

<sup>8</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 25.

<sup>9</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 29 ff.

<sup>10</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 32 f.

<sup>11</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 34 f.

**b)**

In seinem Beschluss vom 19. März 2019<sup>12</sup> hatte sich der Senat mit der Frage zu befassen, wann ein **Bearbeitungsentgelt** zwischen den Parteien **ausgehandelt** ist (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB).

Der Senat bekräftigt, dass der Verwender sich deutlich und ernsthaft zur gewünschten **Änderung einzelner Klauseln** bereit erklären muss. Die entsprechenden Umstände hat der **Verwender darzulegen**. Die allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln abzuändern, genügt nicht.<sup>13</sup> Das Aushandeln muss sich jeweils auf **bestimmte Vertragsbedingungen** beziehen („im Einzelnen“) und führt **nur in diesem Umfang** („soweit“) zur Nichtanwendung der §§ 305 ff. BGB. Deshalb ist eine Klausel nicht schon dann nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgehandelt worden, wenn nach Verhandlungen über **verschiedene andere Teilaspekte** eines Vertrages dort Vertragsbedingungen geändert worden sind. Dass die Vertragspartner bei solchen Verhandlungen möglicherweise jeweils für sich ihre wirtschaftliche Position als einheitliches Paket beurteilt haben, rechtfertigt es nach der Beurteilung des Senats nicht, eine vom Verwender gestellte, **konkret nicht verhandelte** und **unverändert in den Vertrag übernommene Vertragsbedingung** als ausgehandelt anzusehen.<sup>14</sup>

Nach diesen Maßstäben genügte der Vortrag der Beklagten, sie hätte über das Bearbeitungsentgelt dann verhandelt, wenn die Klägerin das Entgelt **von sich aus hinterfragt** hätte, nicht. Damit hat die Beklagte nach Ansicht des Senats gerade nicht behauptet, sie habe sich gegenüber der Klägerin deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung der Klausel zum Bearbeitungsentgelt bereit erklärt.<sup>15</sup> Nichts anderes ergibt sich für den Senat aus der in dem Term Sheet enthaltenen Passage, **wonach „der Kreditnehmer kurzfristig eventuell bestehende Änderungswün-**

---

<sup>12</sup> [XI ZR 9/18](#) – juris.

<sup>13</sup> BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – [XI ZR 9/18](#) – juris, Rn. 14 mit Hinweis u.a. auf Senatsurteil vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 233/16](#) – juris, Rn. 23; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017.

<sup>14</sup> BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – [XI ZR 9/18](#) – juris, Rn. 15.

<sup>15</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 16.

**sche“ mitteilen** solle. Denn auch darin kommt nach Ansicht des Senats nur die **allgemeine Bereitschaft** der Beklagten zur Abänderung von Regelungen des Darlehensvertrags zum Ausdruck.<sup>16</sup>

Dies führte auf Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung. Das Berufungsgericht hatte den wiedergegebenen, den Voraussetzungen von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nach Ansicht des Senats offensichtlich nicht genügenden Vortrag der Beklagten ausreichen lassen und stattdessen von der Klägerin konkreten Sachvortrag für das Fehlen von Verhandlungen über die streitige Klausel verlangt. Es hat damit nach der Beurteilung des Senats die **Anforderungen an die Darlegungslast** der Klägerin in einem nach Art. 103 Abs. 1 GG bedeutsamen Maße verfehlt.<sup>17</sup> Da die darlegungsbelastete Beklagte keine konkreten Umstände zu Verhandlungen über die streitige Entgeltklausel vorgetragen, sondern lediglich die pauschale Behauptung allgemeiner Verhandlungen über den Inhalt des Darlehensvertrags aufgestellt hat, konnte die Klägerin ihrer Darlegungslast nach Ansicht des Senats genügen, indem sie Verhandlungen über die konkrete Entgeltklausel in Abrede stellte.<sup>18</sup>

### c)

Die **kenntnisabhängige Verjährungsfrist** des § 199 Abs. 1 BGB für Rückforderungsansprüche wegen unwirksam formularmäßig vereinbarter **Bearbeitungsentgelte** begann **auch bei Bauspardarlehen** nach § 488 BGB mit dem **Schluss des Jahres 2011** zu laufen. Das hat der XI. Zivilsenat am 19. März 2019<sup>19</sup> in Fortführung seines Urteils vom 28. Oktober 2014<sup>20</sup> entschieden.

---

<sup>16</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 17.

<sup>17</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 13.

<sup>18</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 23.

<sup>19</sup> [XI ZR 95/17](#) – juris.

<sup>20</sup> [XI ZR 348/13](#) – juris, Rn. 44 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2014.

Der Senat hat für **Ansprüche auf Rückzahlung von Bearbeitungsentgelt** im Rahmen von **Verbraucher**-<sup>21</sup> und **Unternehmersdarlehensverträgen**<sup>22</sup> eine Klageerhebung im Jahre 2011 als **zumutbar** angesehen. Denn in diesem Jahr hatte sich eine **gefestigte Auffassung der Oberlandesgerichte** herausgebildet, wonach Klauseln über Bearbeitungsentgelte in Abweichung von einer früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung unwirksam sind. Folglich war mit Ablauf dieses Jahres eine Rückforderungsklage für den Bankkunden zwar nicht risikofrei, aber zumutbar.<sup>23</sup>

Gleiches gilt nach der nunmehr geäußerten Ansicht des Senats auch für **Darlehensgebühren bei Bauspardarlehen**. Denn Bauspardarlehen unterliegen als Gelddarlehen in Form von Tilgungsdarlehen ebenfalls dem Pflichtenprogramm des § 488 Abs. 1 BGB. Keine der Besonderheiten eines Bausparvertrags begründen für das Bauspardarlehen eine Abweichung vom **allgemeinen Darlehensrecht**.<sup>24</sup> Deswegen musste ein **rechtskundiger Dritter** nach dem Dafürhalten des Senats im Jahr 2011 **damit rechnen**, dass von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auch Entgeltklauseln erfasst werden, die in Bauspardarlehen einbezogen worden sind.<sup>25</sup> Folglich war eine Klageerhebung nach der Beurteilung des Senats schon vor der Senatsentscheidung vom 08. November 2016<sup>26</sup> **zumutbar**, in der die Wirksamkeit von Entgeltklauseln bei Bauspardarlehen **höchstrichterlich geklärt** wurde. Denn zumutbar ist die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs, sobald sie **hinreichende Aussicht auf Erfolg** hat. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Rechtsverfolgung risikolos möglich ist.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – [XI ZR 348/13](#) – juris, Rn. 46; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2014.

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 562/15](#) – juris, Rn. 94 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017.

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 19. März 2019 – [XI ZR 95/17](#) – juris, Rn. 33.

<sup>24</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 34 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 08. November 2016 – [XI ZR 552/15](#) – juris, Rn. 23 f., Rn. 36 f.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 19. März 2019 – [XI ZR 95/17](#) – juris, Rn. 34.

<sup>26</sup> [XI ZR 552/15](#) – juris.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 19. März 2019 – [XI ZR 95/17](#) – juris, Rn. 35.

Damit war im Streitfall der **Rückzahlungsanspruch verjährt**, weil der Kläger den Rechtsstreit nach Beendigung der Verjährungshemmung nicht rechtzeitig fortgesetzt hatte.<sup>28</sup> Dies führte zur Bestätigung des Berufungsurteils, das den Anspruch ebenfalls als verjährt angesehen hatte.

## 2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

### a)

Tritt der Darlehensgeber nach **§ 358 Abs. 4 Satz 3 BGB** in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein und **erlöschen Ansprüche des Darlehensnehmers gegen den Unternehmer auf Rückgewähr seiner darlehensfinanzierten Leistung** und des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer auf Rückgewähr der Darlehensvaluta kraft Gesetzes, kann der **Darlehensgeber**, sofern **keine anderweitigen vertraglichen Vereinbarungen** zwischen ihm und dem Unternehmer bestehen, den **Unternehmer**, der in sonstiger Weise ohne Rechtsgrund die Befreiung von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Darlehensnehmer erlangt hat, im Wege der **Durchgriffskondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB** in Anspruch nehmen. Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 26. März 2019<sup>29</sup> entschieden.

Im Anwendungsbereich von § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB a.F. findet, wenn die Darlehensnehmer ihre auf Abschluss der Darlehensverträge gerichteten Willenserklärungen widerrufen, **kein gesetzlicher Übergang** der Ansprüche der Darlehensnehmer auf Rückgewähr der darlehensfinanzierten Versicherungsprämien aus verbundenen Kapitallebensversicherungsverträgen statt. Vielmehr **erlöschen** solche Ansprüche und Ansprüche des Darlehensgebers gegen die Darlehensnehmer auf Rückzahlung der Darlehen kraft Gesetzes durch Verrechnung, soweit die Darlehensvaluta als Leis-

---

<sup>28</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 36 ff.

<sup>29</sup> [XI ZR 228/17](#) – juris.

tung der Darlehensnehmer auf die Verpflichtung aus den Versicherungsverträgen geflossen war. Sonach wird mit dem Eintritt des Darlehensgebers nach § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB a.F. der Unternehmer von seinen Verbindlichkeiten gegenüber den Darlehensnehmern frei.<sup>30</sup>

Nach der Konzeption des deutschen Rechts, erlangt der Unternehmer diese Befreiung „**in sonstiger Weise**“ kraft gesetzlicher Anordnung **auf Kosten des Darlehensgebers** und – sofern es an einer Vereinbarung zwischen dem Darlehensgeber und dem Unternehmer über den internen Ausgleich fehlt – **ohne Rechtsgrund**. Das Gesetz selbst verzichtet in § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB a.F. auf eine Rückabwicklung entlang der jeweiligen Leistungsbeziehungen. Folglich kann der Darlehensgeber den Unternehmer, der in sonstiger Weise ohne Rechtsgrund die Befreiung von einer Verbindlichkeit erlangt, im Wege der **Durchgriffskondition** nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB in Anspruch nehmen.<sup>31</sup>

Damit besteht im Streitfall **keine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte** aus Art. 5 Nr. 1 EuGVVO a.F., weil nicht ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Rechtsstreits bilden. Der autonom auszulegende Begriff „Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag“ setzt eine von einer Partei gegenüber einer anderen **freiwillig eingegangene Verpflichtung** voraus.<sup>32</sup> Daran fehlt es, wenn die klagende Bank (Darlehensgeberin) gegen den beklagten Versicherer mit Sitz in London (Unternehmer) Rückgriffsansprüche aus verbundenen Geschäften geltend macht. Denn diese stehen nach Ansicht des Senats aus den genannten Gründen in keinem Kausalzusammenhang zu einer zwischen diesen Parteien bestehenden **Vertragsbeziehung**. Sie fußen vielmehr auf einer im Verhältnis der Parteien zueinander **rechtsgrundlosen Mehrung** des Vermögens der Beklagten infolge einer in den Beziehungen der Klägerin zu den Darlehensnehmern gründenden **gesetzlichen Anordnung**.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 26. März 2019 – [XI ZR 228/17](#) – juris, Rn. 22.

<sup>31</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 23 ff.

<sup>32</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 35.

<sup>33</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 36.

Damit hatte die Entscheidung der Vorinstanzen Bestand, die die Klage **mangels internationaler Zuständigkeit** der deutschen Gerichte **als unzulässig abgewiesen** hatten. Dass die Klage zu Beginn später vom Landgericht Stuttgart an das „international und örtlich zuständige“ Landgericht Frankfurt am Main **verwiesen** worden war, ist ohne Bedeutung. Denn die Auffassung des nach § 281 Abs. 1 Satz 1 ZPO verweisenden Gerichts, die deutschen Gerichte seien international zuständig, **bindet das Gericht**, an das der Rechtsstreit verwiesen wird, **nicht**. Die internationale Zuständigkeit ist vielmehr **in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen**.<sup>34</sup>

**b)**

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

**aa)**

Der Senat bekräftigt, dass dem Darlehensnehmer im Fall einer **unechten Abschnittsfinanzierung** nur bei Abschluss des (ursprünglichen) Darlehensvertrags ein **Widerrufsrecht** nach verbraucherdarlehensrechtlichen Vorschriften zusteht, nicht aber bei Abschluss einer **Konditionenanpassung**. Die Vorschriften über Fernabsatzverträge finden auf solche Konditionen Anpassungen keine Anwendung (§ 312b Abs. 4 Satz 1 BGB in der bis zum 22. Februar 2011 geltenden Fassung). Bei einer unechten Abschnittsfinanzierung handelt es sich nach der Rechtsprechung des Senats um Kredite, bei denen dem Verbraucher bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein **langfristiges Kapitalnutzungsrecht** eingeräumt wird, die Zinsvereinbarung jedoch nicht für den gesamten Zeitraum, sondern zunächst nur für eine bestimmte **Festzinsperiode** getroffen wird. Anders als bei einer echten Abschnittsfinanzierung, einer Novation oder einer Prolongation nach Ablauf der Gesamtlaufzeit wird dem Verbraucher mithin bei

---

<sup>34</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 14.

einer unechten Abschnittsfinanzierung **kein neues Kapitalnutzungsrecht** gewährt, wenn nach Ablauf der Zinsbindungsfrist lediglich neue Konditionen für die Zukunft vereinbart werden und die Konditionenvereinbarung entsprechend dem ursprünglichen Darlehensvertrag vollzogen wird. Im Anwendungsbereich des § 495 BGB hat der Gesetzgeber das Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 BGB in der zwischen dem 08. Dezember 2004 und dem 03. August 2009 geltenden Fassung nach dem Wortlaut und der Systematik des § 312d Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. ausgeschlossen.<sup>35</sup> Dies gilt nach Ansicht des Senats erst recht für etwaige Konditionenanpassungen, die bei der unechten Abschnittsfinanzierung **von vornherein vertraglich vorgesehen** sind (§ 312b Abs. 4 Satz 1 BGB a.F.).<sup>36</sup>

Diese Auslegung sieht der Senat durch das **Unionsrecht** bestätigt, und zwar nach seinem Dafürhalten so eindeutig, dass für eine **EuGH-Vorlage** kein Raum bleibt. Damit tritt der Senat entsprechendem Vorgehen der Landgerichte München I und Kiel entgegen.<sup>37</sup>

**bb)**

Bei einem Darlehensvertrag, dem das „**KfW-Wohnungseigentumsprogramm (124)**“ zugrunde liegt, handelt es sich um einen nur mit einem **begrenzten Personenkreis** abgeschlossenen Vertrag i.S.d. § 491 Abs. 2 Nr. 5 BGB a.F. Dieses Tatbestandsmerkmal erfordert nicht, dass in der Person des Darlehensnehmers besondere Voraussetzungen zu erfüllen wären. Die vom Gesetz geforderte Begrenzung des Personenkreises kann vielmehr auch durch **sachliche Förderkriterien** sichergestellt werden. Deshalb genügt es nach Ansicht des Senats, dass nicht allein der beabsichtigte Bau oder Erwerb von Eigenheimen oder Eigentumswohnungen zur Stellung eines Förderantrages berechtigt, sondern dass es sich darüber hinaus um **selbst genutztes Wohneigentum** handeln muss bzw. dass der Darlehensnehmer die Zeichnung von Genossenschaftsanteilen

<sup>35</sup> BGH, Beschluss vom 15. Januar 2019 – [XI ZR 202/18](#) – juris, Rn. 2 mit Hinweis auf Senatsurteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 702/16](#) – juris, Rn. 11; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2018.

<sup>36</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 2.

<sup>37</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 3.

beabsichtigen muss, um Mitglied einer Wohnungsgenossenschaft zu werden.<sup>38</sup>

Die weitere Voraussetzung des § 491 Abs. 2 Nr. 5 BGB a.F., wonach der Sollzinssatz i.S.d. § 489 Abs. 5 BGB nicht überschritten werden darf, ist jedenfalls erfüllt, wenn der **Sollzinssatz des Förderdarlehens günstiger als der Mittelwert** des sich aus der **MFI-Zinsstatistik** ergebenden **effektiven Jahreszinses** ist. Denn der effektive Jahreszins soll die tatsächliche Belastung des Kredites unter Berücksichtigung aller Konditionen abbilden und liegt deshalb regelmäßig über dem Sollzinssatz.<sup>39</sup>

Wird der vergleichbare Durchschnittswert der MFI-Zinsstatistik unterschritten, folgt daraus zugleich, dass die Parteien **günstigere als marktübliche Bedingungen** vereinbart haben. Hierzu ist es nach dem Dafürhalten des Senats nicht erforderlich, dass der Vertrag zusätzlich zu einem günstigeren Zinssatz noch **weitere Entlastungen** für den Darlehensnehmer vorsieht. Dessen ungeachtet hat es der Senat nicht beanstandet, dass das Berufungsgericht die Vereinbarung günstigerer als marktüblicher Bedingungen ergänzend mit der Einräumung einer **tilgungsfreien Zeit** begründet hat; dies entspricht seiner Ansicht nach dem Willen des Gesetzgebers.<sup>40</sup>

**cc)**

**Klar und verständlich** ist eine Widerrufsinformation auch dann, wenn sie eine **um Beispiele ergänzte Bezugnahme** auf den für jedermann ohne weiteres zugänglichen **§ 492 Abs. 2 BGB** enthält („Die Frist beginnt nach Abschluss des Vertrages, aber erst, nachdem Sie **alle Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB** (z.B. Angabe des effektiven Jahreszinses, Angaben zum einzuhaltenden Verfahren bei der Kündigung des Vertrages, **Angabe der für den Darlehensnehmer zuständigen Aufsichtsbehörde**) erhalten haben.“). Das gilt nach Ansicht des Senats auch für die hier

<sup>38</sup> BGH, Beschluss vom 04. Juni 2019 – [XI ZR 77/18](#) – juris.

<sup>39</sup> BGH, a.a.O. – juris.

<sup>40</sup> BGH, a.a.O. – juris.

relevante **Gesetzeslage zwischen dem 11. Juni 2010 und dem 29. Juli 2010** unbeschadet des Umstands, dass der Zusatz „für den Verbraucherdarlehensvertrag vorgeschriebenen“ vor dem Wort „Angaben“ noch nicht in § 492 Abs. 2 BGB eingefügt war. Auch wenn sich der Gesetzgeber insoweit zu einer Ergänzung des Gesetzeswortlauts veranlasst sah, war nach Ansicht des Senats schon vor dem 30. Juli 2010 die Nennung des § 492 Abs. 2 BGB in Kombination mit der Auflistung von Beispielen hinreichend klar und verständlich.<sup>41</sup> Dies entspricht, wie der Senat näher ausführt, auch dem Willen des nationalen Gesetzgebers und steht so **offenkundig mit europäischem Recht in Einklang**, dass eine Vorlage an den EuGH ebenso wenig veranlasst ist,<sup>42</sup> wie eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über ein **Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Saarbrücken** vom 17. Januar 2019 (1 O 164/18).<sup>43</sup>

Nach § 495 Abs. 2 BGB in der **zwischen dem 11. Juni 2010 und dem 29. Juli 2010 geltenden Fassung** war die Anwendung des § 355 Abs. 4 Satz 1 BGB in der zwischen dem 11. Juni 2010 und dem 12. Juni 2014 geltenden Fassung, dem zufolge das Widerrufsrecht „**spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss**“ erlosch, auf Verbraucherdarlehensverträge anwendbar. Die Anwendung des § 355 Abs. 4 Satz 1 BGB a.F. wurde erst mit Inkrafttreten des § 495 Abs. 2 Satz 2 in der ab dem 30. Juli 2010 geltenden Fassung ausgeschlossen, aber ohne Rückwirkung für nach dem 10. Juni 2010 und vor dem 30. Juli 2010 geschlossene Darlehensverträge.<sup>44</sup>

Da die Beklagte in dem zu entscheidenden Fall eine **klare und verständliche Widerrufsinformation erteilt** hatte, waren die Kläger entsprechend den gesetzlichen Anforderungen über ihr Widerrufsrecht informiert. Damit kam § 355 Abs. 4 Satz 1 BGB a.F. nach Ansicht des Senats uneinge-

---

<sup>41</sup> BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – [XI ZR 44/18](#) – juris, Rn. 15 mit Bezugnahme u.a. auf Senatsurteil vom 22. November 2016 – [XI ZR 434/15](#) – juris, Rn. 17; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

<sup>42</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 16 f.

<sup>43</sup> BGH, Beschluss vom 02. April 2019 – [XI ZR 488/17](#) – juris, Rn. 16 ff.

<sup>44</sup> BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – [XI ZR 44/18](#) – juris, Rn. 19.

schränkt zur Anwendung mit der Folge, dass das Widerrufsrecht der Kläger spätestens Anfang Januar 2011 erlosch und danach wirksam nicht mehr ausgeübt werden konnte.<sup>45</sup> Das **Fehlen einer Information zur Aufsichtsbehörde** führte deshalb nicht dazu, dass die auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen der Kläger noch im August 2014 widerruflich waren.<sup>46</sup>

**dd)**

Eine nach Maßgabe des Senatsurteils vom 20. März 2018<sup>47</sup> **unwirksame Klausel** (Aufrechnungsverbot für andere als unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen) beeinträchtigt die **Deutlichkeit** bzw. Klarheit und Verständlichkeit der Unterrichtung über das **Widerrufsrecht** nicht. Denn eine inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Widerrufsbelehrung wird nicht dadurch undeutlich, dass die Vertragsunterlagen an anderer, drucktechnisch nicht hervorgehobener Stelle einen inhaltlich nicht ordnungsgemäßen Zusatz enthalten. Erst recht gilt dies ohne Rücksicht auf die Art ihrer Gestaltung, soweit **Zusätze außerhalb der Widerrufsbelehrung** zwar eine unzulässige und damit unwirksame Abweichung von Vorschriften des Verbraucherschutzrechts aufweisen, aber nicht in Zusammenhang mit der Unterrichtung über das Widerrufsrecht als solches stehen. Dass in den Darlehensvertrag einbezogene Allgemeine Geschäftsbedingungen eine unwirksame Regelung zu einer **Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis** enthalten, ist damit für die Ordnungsmäßigkeit der Widerrufsbelehrung ohne Auswirkung. Das gilt auch dann, wenn nach § 1 Abs. 1 Nr. 10, Abs. 4 BGB-InfoV in der **bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung** eine Belehrung über die **Widerrufsfolgen** zu erteilen war.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – a.a.O. – juris, Rn. 20.

<sup>46</sup> BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – a.a.O. – juris, Rn. 18.

<sup>47</sup> BGH, Urteil vom 20. März 2018 – [XI ZR 309/16](#) – juris, Rn. 12 ff.

<sup>48</sup> BGH, Beschlüsse vom 02. April 2019 – [XI ZR 463/18](#) – juris; vom 09. April 2019 – [XI ZR 511/18](#) – juris.

ee)

Wie der XI. Zivilsenat bekräftigt, bildet die Wendung der Widerrufsbelehrung, „[s]ofern“ der Verbraucher **„nicht taggleich mit dem Vertragsabschluss“** über sein Widerrufsrecht „belehrt worden“ sei, betrage „die Frist einen Monat“, den Anwendungsbereich des § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. – dem Darlehensnehmer nachteilig – unzutreffend ab, weil sie die vor oder bei Vertragsschluss erteilte Belehrung **unzutreffend von der Nachbelehrung abgrenzt**, indem sie den Fall, in dem die Widerrufsbelehrung am Tag des Vertragsschlusses, aber nach einer Unterbrechung des Geschehensablaufs erteilt wurde, unter § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. statt unter § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. subsumiert. Auf diese Weise wird der Darlehensnehmer mithin nicht hinreichend deutlich über die Länge der Widerrufsfrist informiert.<sup>49</sup> Hierfür kommt es nicht darauf an, ob der Vertrag der Parteien als **Präsenzgeschäft ohne tatsächliche Unterbrechung des Geschehensablaufs** geschlossen wurde. Denn die konkreten, aber nicht in der Widerrufsbelehrung selbst in Textform dokumentierten Umstände ihrer Erteilung sind nach ständiger Rechtsprechung des Senats unerheblich.<sup>50</sup> Als unerheblich hat der Senat auch das Vorbringen der Bank angesehen, eine Widerrufsbelehrung **nach Vertragsschluss sei bei ihr nicht vorgekommen**. Wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, wäre zwar nach Ansicht des Senats ein Hinweis auf die Monatsfrist aus § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. in der Widerrufsbelehrung entbehrlich gewesen. Da die Beklagte aber einen solchen Hinweis in die Belehrung **aufgenommen** hat, musste dieser nach dem Dafürhalten des Senats **zutreffend** sein. Denn eine Widerrufsbelehrung genügt nur dann den gesetzlichen Anforderungen, wenn sie für alle Fälle, auf die hin sie verfasst ist, sachlich richtig und hinreichend deutlich formuliert ist.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 09. April 2019 – [XI ZR 70/18](#) – juris, Rn. 13 mit Hinweis auf Senatsurteil vom 16. Oktober 2018 – [XI ZR 370/17](#) – juris, Rn. 9 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2018.

<sup>50</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 14.

<sup>51</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 15.

ff)

Haben die Kläger den Antrag der Beklagten auf Abschluss des Darlehensvertrags nach ihrem Vortrag angenommen, indem sie „**den Darlehensvertrag in der Filiale der Beklagten**“ **übergeben** haben, schlossen sie den Vertrag **nicht an getrennten Orten** und damit **nicht als Fernabsatzvertrag**. Der Senat stellt darauf ab, dass die Kläger die Annahme durch Abgabe des von ihnen unterzeichneten Vertragsformulars gegenüber der Beklagten **in deren Geschäftsbereich erklärten**. Darin unterscheidet sich der Fall nach Ansicht des Senats von Konstellationen, in denen ein **Bote** beauftragt wird, der zwar dem Verbraucher in unmittelbarem persönlichen Kontakt gegenübertritt, jedoch über den Vertragsinhalt und insbesondere über die Beschaffenheit der Vertragsleistung des Unternehmers keine näheren Auskünfte geben kann und soll. Folglich muss die Widerrufsbelehrung in einem solchen Fall zu den Voraussetzungen des § 312d Abs. 5 Satz 2, Abs. 2 BGB (in der bis zum 03. August 2009 geltenden Fassung) keine Angaben machen.<sup>52</sup>

gg)

Der Senat bekräftigt, dass die Anforderungen des § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung auch dann erfüllt sind, wenn der Darlehensnehmer das **unterzeichnete Exemplar** des Darlehensvertrags an die Bank **zurückschickt** und nur ein nicht unterzeichnetes Exemplar behält. Damit ist dem Darlehensnehmer ein Exemplar des Vertragsformulars überlassen, das nach seiner Unterschriftsleistung **seine Vertragserklärung dokumentiert**; nicht notwendig ist, dass das Unterschriftsexemplar bei ihm verbleibt.<sup>53</sup> **Mitbesitz der Eheleute** als Mitdarlehensnehmer an der Widerrufsbelehrung und dem Vertragsformular genügt.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> BGH, Urteil vom 16. April 2019 – [XI ZR 755/17](#) – juris, Rn. 17, 20.

<sup>53</sup> BGH, Urteil vom 02. April 2019 – [XI ZR 583/17](#) – juris, Rn. 15 und – [XI ZR 4/18](#), juris, Rn. 12, mit Hinweis u.a. auf Senatsurteil vom 27. Februar 2018 – [XI ZR 160/17](#) – juris, Rn. 30; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2018.

<sup>54</sup> BGH, Urteil vom 02. April 2019 – [XI ZR 4/18](#), juris, Rn. 12.

hh)

Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Senats ist eine **Feststellungsklage** des Inhalts, der Darlehensvertrag habe sich aufgrund des Widerrufs in ein **Rückgewährschuldverhältnis** umgewandelt<sup>55</sup> oder sei „**beendet**“<sup>56</sup>, unzulässig. Insoweit fehlt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche **Feststellungsinteresse**. Dies gilt auch dann, wenn die Darlehensnehmer behaupten, sie hätten aufgerechnet, so dass zu ihren Gunsten ein Anspruch aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung i.V.m. §§ 346 ff. BGB nicht verbleibe. Eine **positive Feststellungsklage** ist im Lichte dieser Behauptung nach Ansicht des Senats nicht nur unzulässig, sondern auch **unschlüssig**.<sup>57</sup>

Der positive Feststellungsantrag ist nach der Beurteilung des Senats **unabhängig von einem kumulativ gestellten negativen Feststellungsantrag** unzulässig. Beantragen also die Kläger festzustellen, dass der Darlehensvertrag durch den Widerruf in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt worden ist (positiver Feststellungsantrag) und dass sie der Beklagten aus dem Darlehensvertrag nur noch die Zahlung eines bestimmten bezifferten Betrags schulden (negativer Feststellungsantrag), wäre auch bei einer **einheitlichen Fassung** der beiden Klageanträge der auf positive Feststellung gerichtete Teil des Antrages unzulässig.<sup>58</sup>

Beantragen die Darlehensnehmer, sie schuldeten aus dem Rückgewährschuldverhältnis **nicht mehr als einen bestimmten, von ihnen errechneten Betrag**, zielt dies nach der Auslegung des Senats auf die Feststellung, der Beklagten stünden aus dem Rückgewährschuldverhältnis **keine höheren als die von den Klägern zugestandenen Forderungen** zu. Ein solcher Antrag kann nicht als Ansprüche der Beklagten nach § 488 Abs. 1

<sup>55</sup> BGH, Beschluss vom 12. Februar 2019 – [XI ZB 24/17](#) – juris, Rn. 6; Urteile vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 225/17](#) – juris, Rn. 11; vom 26. März 2019 – [XI ZR 341/17](#) – juris, Rn. 14.

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 26. März 2019 – [XI ZR 321/17](#) – juris, Rn. 14.

<sup>57</sup> BGH, Beschluss vom 12. Februar 2019 – [XI ZB 24/17](#) – juris, Rn. 6; Urteile vom 26. März 2019 – [XI ZR 341/17](#) – juris, Rn. 14 und – [XI ZR 321/17](#) – juris, Rn. 14, jeweils mit Hinweis u.a. auf Senatsbeschluss vom 10. Juli 2018 – [XI ZR 674/16](#) – VuR 2018, 464; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2018.

<sup>58</sup> BGH, Beschluss vom 12. Februar 2019 – [XI ZB 24/17](#) – juris, Rn. 7.

Satz 2 BGB leugnenden Feststellungsklage ausgelegt werden, also dass der Beklagten **kein Anspruch mehr auf den Vertragszins und die vertragsgemäße Tilgung** zustehe.<sup>59</sup> Die auf die Feststellung eines geringeren Saldos aus dem Rückgewährschuldverhältnis gerichtete und die auf die Feststellung des Wegfalls von Primärpflichten des Darlehensnehmers aus dem Darlehensvertrag zielende Klage betreffen **unterschiedliche Streitgegenstände**. Der Übergang zu Anträgen des Inhalts, der Beklagten kämen ab dem Widerruf keine Ansprüche aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB mehr zu, setzt spätestens in der Berufungsinstanz eine **Klageänderung** voraus.<sup>60</sup> Die abweichende Auslegung des Berufungsgerichts verstößt daher gegen **§ 308 Abs. 1, § 528 Satz 2 ZPO**.<sup>61</sup>

Das Feststellungsbegehren, dass der Bank keine weiteren Ansprüche aus **§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB** zustehen, ist **nicht zulässig**, wenn sich die Bank solcher Ansprüche nicht (mehr) **berühmt**, etwa weil der Darlehensvertrag seit Jahren beendet, sämtliche Ansprüche daraus **erfüllt und erloschen** sind und die Bank folglich nicht das Fortbestehen solcher Ansprüche behauptet, sondern lediglich die Hilfsaufrechnung mit Ansprüchen aus einem Rückgewährschuldverhältnis erklärt hat.<sup>62</sup>

Der Antrag auf Feststellung, die Beklagte befinde sich mit der Rückabwicklung des Darlehensvertrags in **Verzug**, ist schon als auf die Klärung einer **Rechtsfrage** gerichtet unzulässig.<sup>63</sup>

Hat das Berufungsgericht den positiven Feststellungsantrag auf Umwandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis als zulässig angesehen, ist dem Kläger, wenn er seinen Rechtsmittelangriff noch erweitern kann, im wiedereröffneten Berufungsverfahren Gelegenheit zu geben, entweder die

<sup>59</sup> BGH, Urteil vom 02. April 2019 – [XI ZR 583/17](#) – juris, Rn. 10.

<sup>60</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 13.

<sup>61</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 9, 14.

<sup>62</sup> BGH, Urteil vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 225/17](#) – juris, Rn. 12.

<sup>63</sup> BGH, Urteil vom 26. März 2019 – [XI ZR 321/17](#) – juris, Rn. 14.

**Rechtsfolgen unstreitig zu stellen**, so dass die Feststellungsklage zulässig wird, oder sonst zu einem **zulässigen Antrag überzugehen**.<sup>64</sup>

ii)

In mehreren Entscheidungen hat der XI. Zivilsenat die Erwägungen der Berufungsgerichte im Zusammenhang mit der **Verwirkung des Widerrufsrechts** beanstandet.

Als rechtsfehlerhaft sieht der Senat die Überlegung an, das „Umstandsmoment“ könne auch darin liegen, dass der Darlehensgeber im Zuge einer **unechten Abschnittsfinanzierung** den Darlehensnehmer „**neu und zutreffend über sein Widerrufsrecht**“ informiere, der Darlehensnehmer das Darlehen „zu veränderten Konditionen weiter“ nutze „und gleichwohl den Ursprungsvertrag“ widerrufe. Eine „zutreffende“ Widerrufsbelehrung „im Zuge einer unechten Abschnittsfinanzierung“ kann nach Ansicht des Senats nur eine **gesetzmäßige Nachbelehrung** sein, weil für eine Konditionenanpassung im Rahmen der unechten Abschnittsfinanzierung kein gesetzliches Widerrufsrecht besteht. Im Falle einer ordnungsgemäßen Nachbelehrung erlosch indessen ein Recht zum Widerruf der auf Abschluss des „Ursprungsvertrags“ gerichteten Willenserklärung mit Ablauf der Monatsfrist des § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung, ohne dass es eines Rückgriffs auf das Institut der Verwirkung bedurft hätte.<sup>65</sup>

Beanstandungswürdig ist nach dem Dafürhalten des Senats auch die Annahme, dem **Umstandsmoment** sei eine **zeitliche Komponente** immanent, die zu dessen **Verneinung** führen könne. So wenig, wie die Verwirkung nach der Rechtsprechung des Senats ein „Mindestzeitmoment“ voraussetzt, existieren für die Erfüllung des Umstandsmoments **Mindestfristen**. Zwar kann der Zeitraum zwischen der Beendigung des Verbraucherdarlehensvertrags und dem Widerruf gerade im Hinblick auf die

<sup>64</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 20.

<sup>65</sup> BGH, Urteil vom 02. April 2019 – [XI ZR 687/17](#) – juris, Rn. 15.

Rechtsfolgen des Widerrufs bei der Prüfung des Umstandsmoments Berücksichtigung finden. Zeit- und Umstandsmoment können nicht voneinander unabhängig betrachtet werden, sondern stehen in einer **Wechselwirkung**. Je länger der Inhaber des Rechts untätig bleibt, desto mehr wird der Gegner in seinem Vertrauen schutzwürdig, das Recht werde nicht mehr ausgeübt werden.<sup>66</sup> Umgekehrt bedarf es aber für die Annahme, das Umstandsmoment sei nach Beendigung des Darlehensvertrags erfüllt, **keiner Mindestzeitspanne**, auch nicht im Hinblick auf handelsrechtliche Aufbewahrungsfristen.<sup>67</sup>

Ferner betont der Senat, dass die **Unkenntnis** des Darlehensnehmers vom Fortbestand des Widerrufsrechts eine Verwirkung nicht hindert. Dass der Darlehensgeber davon ausgeht oder ausgehen muss, der Darlehensnehmer habe von seinem Widerrufsrecht keine Kenntnis, schließt vielmehr eine Verwirkung nicht aus.<sup>68</sup>

Ein Aspekt, den der Tatrichter bei der Prüfung des Umstandsmoments berücksichtigen kann, ist der Umstand, dass der Darlehensgeber **Sicherheiten freigegeben** hat. Beendet der Darlehensgeber trotz der Möglichkeit der Revaluierung durch Rückgewähr der Sicherheit den Sicherungsvertrag, kann darin die Ausübung beachtlichen Vertrauens i.S.d. § 242 BGB liegen. Schließt das Berufungsgericht gleichwohl einen unzumutbaren Nachteil – richtig verstanden: im Sinne der relevanten Ausübung von Vertrauen durch die Beklagte – aus, setzt es sich in Widerspruch zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> BGH, Urteil vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 225/17](#) – juris, Rn. 14.

<sup>67</sup> BGH, Urteil vom 02. April 2019 – [XI ZR 687/17](#) – juris, Rn. 16.

<sup>68</sup> BGH, Urteile vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 326/17](#) – juris, Rn. 14; vom 12. März 2019 – [XI ZR 98/17](#) – juris, Rn. 11; – [XI ZR 247/17](#) – juris, Rn. 15 und – [XI ZR 9/17](#) – juris, Rn. 11; vom 26. März 2019 – [XI ZR 341/17](#) – juris, Rn. 13; vom 02. April 2019 – [XI ZR 687/17](#) – juris, Rn. 17.

<sup>69</sup> BGH, Urteile vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 225/17](#) – juris, Rn. 16; und – [XI ZR 326/17](#) – juris, Rn. 15; vom 12. März 2019 – [XI ZR 98/17](#) – juris, Rn. 12; – [XI ZR 247/17](#) – juris, Rn. 16 und – [XI ZR 9/17](#) – juris, Rn. 11; vom 02. April 2019 – [XI ZR 687/17](#) – juris, Rn. 18 und [XI ZR 465/17](#) – juris, Rn. 9.

Dass die Beklagte **mit Leistungen der Kläger nach Beendigung der Darlehensverträge gearbeitet** hat, ist ebenfalls ein Umstand, der bei der Entscheidung über die Verwirkung des Widerrufsrechts veranschlagt werden kann und vom Berufungsgericht in den Blick genommen werden muss.<sup>70</sup>

Zum wiederholten Male hat der Senat die Erwägung beanstandet, die Beklagte habe „**die Situation selbst herbeigeführt**“, weil sie eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht erteilt habe. Er betont nochmals, 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 nach der Rechtsprechung des Senats in besonderem Maße, wenn die Beendigung des Darlehensvertrags auf einen **Wunsch des Verbrauchers** zurückgeht.<sup>71</sup>

## jj)

Mit der Bemessung u.a. der Gebrauchsvorteile des Darlehensnehmers im Fall des Widerrufs seiner auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung befasst sich die Leitsatzentscheidung vom 12. März 2019.<sup>72</sup>

Der Nachweis, der **Wert des Gebrauchsvorteils** sei **niedriger als die im Vertrag bestimmte Gegenleistung** (§ 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung i.V.m. § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 BGB), kann mithin mittels des Verweises auf die **MFI-Zinsstatistik**, die den marktüblichen Zins nicht betragsscharf abbilden will und kann, nicht geführt werden, wenn der daraus ersichtliche durchschnittliche

<sup>70</sup> BGH, Urteile vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 225/17](#) – juris, Rn. 16; vom 02. April 2019 – [XI ZR 687/17](#) – juris, Rn. 19.

<sup>71</sup> BGH, Urteile vom 12. März 2019 – [XI ZR 98/17](#) – juris, Rn. 11 und – [XI ZR 9/17](#) – juris, Rn. 11.

<sup>72</sup> [XI ZR 9/17](#) – juris.

effektive Jahreszins für Wohnungsbaukredite mit entsprechender Laufzeit **in dem maßgeblichen Monat des Vertragsschlusses** über dem im Darlehensvertrag zugrunde gelegten anfänglichen effektiven Jahreszins liegt. In solchen Fällen geht der Senat davon aus, dass ein Kredit zu für Grundpfandkredite üblichen Bedingungen ausgereicht worden ist.<sup>73</sup> Weil § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BGB den Vertragszins zur Richtgröße macht, bestimmt sich der nach § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB maßgebliche Vergleichswert anhand der **Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** und gegebenenfalls jeweils im Zeitpunkt vertraglich vereinbarter **Zinsanpassungen**. Darauf, ob die MFI-Zinsstatistik für die Folgejahre wesentlich geringere Effektivzinssätze ausweist, kommt es mangels einer **dynamischen Betrachtungsweise** nicht an.<sup>74</sup>

Für die **Gebrauchsvorteile**, die der Darlehensgeber für den jeweils tatsächlich noch überlassenen Teil der **vor dem Wirksamwerden des Widerrufs gewährten Darlehensvaluta** beanspruchen kann, folgt der Anspruch auch **für den Zeitraum nach dem Wirksamwerden des Widerrufs aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 BGB** und nicht aus Bereicherungsrecht (§ 818 BGB). Insoweit gilt im Ergebnis nichts anderes, als § 357a Abs. 3 BGB im Falle des Widerrufs von Verbraucherdarlehensverträgen für das geltende Recht bestimmt.<sup>75</sup>

Die Anwendung des **Bereicherungsrechts** ist auf die **nach dem Wirksamwerden des Widerrufs erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen** beschränkt. Spiegelbildlich kann der Darlehensnehmer **Herausgabe mutmaßlich gezogener Nutzungen auf vor dem Wirksamwerden des Widerrufs erbrachte Zins- und Tilgungsleistungen auch für die Zeit danach** nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB verlangen. Dabei greift bei **Immobilienkreditverträgen**

<sup>73</sup> BGH, Urteil vom 12. März 2019 – [XI ZR 9/17](#) – juris, Rn. 14.

<sup>74</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 15, mit Hinweis u.a. auf Senatsbeschluss vom 12. September 2017 – [XI ZR 365/16](#) – juris, Rn. 12; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017.

<sup>75</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 18; vgl. ferner Beschluss vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 362/17](#) – juris, Rn. 5 f.; Urteil vom 26. März 2019 – [XI ZR 341/17](#) – juris, Rn. 26.

die Vermutung, der Darlehensgeber habe Nutzungen in Höhe von zwei- einhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz erwirtschaftet.<sup>76</sup> Diese Vermutung knüpft nicht an „den zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Basiszinssatz“ an, sondern an die Regelungen, die die von den Banken beanspruchbaren Verzugszinsen normieren, ist also wie diese Regelungen – im Gegensatz zum Gebrauchsvorteil des Darlehensnehmers – **variabel**.<sup>77</sup>

Wegen der **Rückwirkung der Aufrechnung** besteht jedoch, soweit sich die Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis zu diesem Zeitpunkt aufrechenbar gegenüber stehen und aufgerechnet werden, **ab dem Zugang des Widerrufs kein Anspruch** des Verbrauchers aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB auf **Herausgabe vom Darlehensgeber aus Zins- und Tilgungsleistungen mutmaßlich gezogener Nutzungen**.<sup>78</sup>

### **3. Zahlungsverkehr, insbesondere**

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

§ 675n Abs. 1 Satz 2 BGB schließt den **Zugang eines Zahlungsauftrags** an einem Tag, der nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Zahlungsdienstleisters **kein Geschäftstag** ist, nicht aus. **Geschäftstag** i.S.d. § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB ist der **(volle) Kalendertag**. Die Geschäftstagsregelung des § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB gilt auch im Rahmen des § 675p Abs. 1 BGB bei der Frage der **Unwiderruflichkeit eines Zahlungsauftrags**. Das hat der XI. Zivilsenat am 19. März 2019<sup>79</sup> entschieden.

<sup>76</sup> BGH, Urteile vom 12. März 2019 – [XI ZR 9/17](#) – juris, Rn. 19; vom 02. April 2019 – [XI ZR 4/18](#) – juris, Rn. 14.

<sup>77</sup> BGH, Urteil vom 02. April 2019 – [XI ZR 4/18](#) – juris, Rn. 14.

<sup>78</sup> BGH, Urteil vom 12. März 2019 – a.a.O. – juris, Rn. 20.

<sup>79</sup> [XI ZR 280/17](#) – juris.

Gemäß § 675n Abs. 1 Satz 1 BGB wird der **Zahlungsauftrag wirksam**, wenn er dem Zahlungsdienstleister **zugeht**. Dabei schließt § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB nicht den Zugang des Zahlungsauftrags an einem Tag aus, der nicht Geschäftstag ist. Sowohl der **tatsächliche Eingang** in den Empfangsvorrichtungen des Zahlungsdienstleisters als auch ein **Zugang nach den Grundsätzen des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB** sind unabhängig davon zu bejahen, ob zu dem danach maßgeblichen Zeitpunkt auch eine **Ausführung des Zahlungsauftrags** erfolgen kann. Insbesondere die **Möglichkeit der Kenntnisnahme** setzt nicht den für die abschließende Bearbeitung des Bankgeschäfts erforderlichen Geschäftsbetrieb i.S.d. § 675n Abs. 1 Satz 4 BGB voraus. Dies ergibt sich für den Senat bereits aus dem Wortlaut des § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB („Fällt der Zeitpunkt des Zugangs nicht auf einen Geschäftstag...“), der gerade voraussetzt, dass ein **Zugang an einem Tag** stattgefunden hat, der nach der **Organisation der Bank kein Geschäftstag** ist. Danach bestimmt die Norm (allein) für einen nicht an einem Geschäftstag erfolgten Zugang einen vom tatsächlichen „Zugangszeitpunkt“ abweichenden maßgeblichen Zeitpunkt für die aus dem Zugang resultierenden Rechtsfolgen. Sie regelt dagegen nicht den Zeitpunkt, an welchem nur mit einer Kenntnisnahme des Zahlungsauftrags durch den Empfänger zu rechnen ist und enthält auch keine abschließende gesetzliche Regelung zur Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Zahlungsdienstleister als Erklärungsempfänger.<sup>80</sup> Das folgt für den Senat ferner aus einer richtlinienkonformen und systematischen Auslegung.<sup>81</sup>

Den **Meinungsstreit**, ob der **Begriff des Zugangs** in § 675n Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend der zu § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelten Grundsätze zu verstehen ist, also dass der Zahlungsauftrag so in den Machtbereich des Zahlungsdienstleisters gelangt sein muss, dass **unter normalen Verhältnissen damit zu rechnen ist, er könne vom Inhalt der Erklärung Kenntnis erlangen**, oder ob der richtlinienkonform dahin

---

<sup>80</sup> BGH, Urteil vom 19. März 2019 – [XI ZR 280/17](#) – juris, Rn. 24 f.

<sup>81</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 25 ff.

auszulegen ist, dass der **Eingang des Auftrags** bei dem Zahlungsdienstleister genügt, konnte der Senat unentschieden lassen.<sup>82</sup> Der Zahlungsauftrag wurde an einem **Sonnabend während der Öffnungszeit der Bankfiliale** eingeworfen und an diesem Tag auch von Mitarbeitern tatsächlich zur Kenntnis genommen.<sup>83</sup>

Der Zeitpunkt des Zugangs des Zahlungsauftrags wurde gemäß § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB auf den **darauffolgenden Geschäftstag (Montag)** verlegt, weil der **Sonnabend kein Geschäftstag** der Bank war. Diese Regelung gilt, was die Bank in ihren besonderen Bedingungen übernommen hatte, auch für den Fall, dass der **Zeitpunkt des Zugangs des Auftrags im Rahmen des § 675p Abs. 1 BGB zu bestimmen** ist.<sup>84</sup> § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB enthält im Gegensatz zu § 675n Abs. 1 Satz 3 BGB nicht die Einschränkung, dass die Verschiebung des Zugangszeitpunkts auf den darauf folgenden Geschäftstag nur für die Zwecke einer bestimmten Vorschrift (§ 675s Abs. 1 BGB) gilt. Daraus folgt nach Ansicht des Senats im Umkehrschluss, dass § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB **ausnahmslos Anwendung** findet, soweit der **Zeitpunkt des Zugangs des Zahlungsauftrags** – wie in § 675p Abs. 1 BGB – für den Zahlungsdienstnutzer oder Zahlungsdienstleister **Rechtsfolgen auslöst**.<sup>85</sup>

Der Geschäftstag ist der **Kalendertag**, so dass der Zahlungsauftrag gemäß § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB am folgenden Geschäftstag um **0.00 Uhr** als zugegangen gilt.<sup>86</sup> Die gegenteilige Auffassung, wonach sich der Geschäftstag nicht tageweise bestimmt, sondern nur der Zeitraum innerhalb eines Kalendertags erfasst sein soll, in dem die für das Bankgeschäft jeweils zuständige Stelle des Zahlungsdienstleisters den Geschäftsbetrieb

---

<sup>82</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 21 ff.

<sup>83</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 23.

<sup>84</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 30.

<sup>85</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 31.

<sup>86</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 34.

unterhält, weist der Senat mit eingehender teleologischer und richtlinien-bezogener Argumentation zurück.<sup>87</sup>

Danach hat der Widerruf des Klägers die Beklagte erst **nach Zugang des Zahlungsauftrags erreicht** mit der Folge, dass der Zahlungsauftrag **nicht mehr wirksam widerrufen** worden ist (§ 675p Abs. 1 BGB). Der Widerruf des am Sonnabend eingeworfenen Zahlungsauftrags ist der Beklagten am Montag kurz vor Öffnung der Filiale um 9.00 Uhr zugegangen. Das war verspätet, weil die Regelung des § 675n Abs. 1 Satz 2 BGB den Zugangszeitpunkt lediglich auf Montag, 0.00 Uhr, verschoben hat, nicht aber auf den Zeitpunkt, an dem die Filiale ihre Kunden öffnete, also auf 9.00 Uhr.<sup>88</sup> Dies führte zur Bestätigung des Berufungsurteils, das die Rechtslage übereinstimmend beurteilt hatte.

#### 4.

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

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

#### 5.

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

##### a)

In seinem Beschluss vom 08. Januar 2019<sup>89</sup> hatte sich der XI. Zivilsenat mit der Anwendbarkeit des **Vergleichswertverfahrens** bei der Feststellung des **Verkehrswerts einer Immobilie** zu befassen.

Der Senat bekräftigt, dass die **Auswahl der geeigneten Wertermittlungsmethode** zur Feststellung des tatsächlichen Wertes einer Immobilie

---

<sup>87</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 37 ff.

<sup>88</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 19.

<sup>89</sup> [XI ZR 535/17](#) – juris.

unter Berücksichtigung der **im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bestehenden Gepflogenheiten** und sonstiger Umstände des Einzelfalles zu treffen ist. Lässt sich eine **aussagekräftige Menge von Vergleichspreisen** verlässlich ermitteln, wird die **Vergleichswertmethode** als die einfachste und zuverlässigste Methode angesehen; sie steht deshalb nach der Beurteilung des Senats bei **Wohnungseigentum** im Vordergrund.<sup>90</sup>

Liegen nach den Bekundungen des gerichtlich bestellten **Sachverständigen** die Voraussetzungen für eine **verlässliche Verkehrswertermittlung nach Vergleichspreisen** vor, kann auch dann, wenn eine andere Wertermittlungsmethode zu einem deutlich abweichenden Ergebnis führt, an dem durch Vergleich ermittelten Ergebnis nicht vorbeigegangen werden.<sup>91</sup> Der Hinweis auf die vergleichsweise „**schmale**“ **Basis** für die Ermittlung des Vergleichswerts rechtfertigt es nach dem Dafürhalten des Senats nicht, bei Wohnungseigentum, das der **Kapitalanlage** und der **Steuerersparnis** dient, den Verkehrswert durch einen **Mittelwert von Vergleichs- und Ertragswert** zu bestimmen. Die Vorgehensweise, einen schematischen rechnerischen Mittelwert aus Vergleichswert und Ertragswert zu bilden, ist unzulässig.<sup>92</sup>

Dies gilt nach Ansicht des Senats insbesondere, wenn es um die Frage der **Sittenwidrigkeit** geht. Die Rechtsprechung lässt auf der objektiven Grundlage eines besonders groben Missverhältnisses von Leistung zu Gegenleistung den Schluss auf das für das Unwerturteil des § 138 Abs. 1 BGB unerlässliche subjektive Unrechtsmerkmal der **verwerflichen Gesinnung** zu. Hierfür ist aber keine Grundlage gegeben, wenn der **direkte Vergleich mit dem maßgeblichen Markt**, den die Auswertung der tatsächlich erzielten Preise bei Vorliegen hinreichenden Vergleichsmaterials

---

<sup>90</sup> BGH, Beschluss vom 08. Januar 2019 – [XI ZR 535/17](#) – juris, Rn. 18, unter Hinweis u.a. auf Senatsurteil vom 18. Oktober 2016 – [XI ZR 145/14](#) – juris, Rn. 31; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

<sup>91</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 20.

<sup>92</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 19.

leistet, zur **Verneinung eines besonders groben Missverhältnisses** führt.<sup>93</sup>

Seite 28 von 58

Der Senat hat das Urteil des Berufungsgerichts daher auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Immobilienerwerbers aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Nach der Beurteilung des Senats hat das Berufungsgericht die **von dem Sachverständigen gewählte Wertermittlungsmethode** in unzulässiger Weise gegen eine andere **ausgetauscht**, ohne – was hierzu Voraussetzung gewesen wäre – seine **eigene besondere Sachkunde auszuweisen**, insbesondere einleuchtend und nachvollziehbar aufzuzeigen, dass seine abweichende Beurteilung nicht auf einem Mangel an Sachkunde beruht.<sup>94</sup> Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, es sei eine **Mittelung** des vom Sachverständigen ermittelten Vergleichswerts und des von ihm ebenfalls bestimmten Ertragswerts vorzunehmen, da der Vergleichswert nur auf einer vergleichsweise „schmalen“ Basis zu ermitteln gewesen sei. Auf dieser Grundlage war es zu dem Schluss gelangt, der Verkehrswert werde von dem Kaufpreis um 107,38 % überschritten und liege damit objektiv im sittenwidrigen Bereich.

Ferner beanstandet der Senat die Erwägung des Berufungsgerichts als rechtsfehlerhaft, die beklagte Bank habe anhand ihrer **vorliegenden Angaben zur monatlichen Bruttokaltmiete** für die zu finanzierende Eigentumswohnung eine **einfache Überschlagsrechnung des Ertragswerts** durchführen müssen, aus deren Ergebnis sich ihr sodann die Sittenwidrigkeit des vereinbarten Kaufpreises aufgedrängt hätte. Da eine finanzierende Bank nach der Rechtsprechung des Senats **keine Nachforschungen** zu einem von ihr finanzierten Vorhaben anstellen muss, ist sie seiner Ansicht nach auch **nicht zur Ermittlung des exakten oder überschlägigen Ertragswerts einer Immobilie verpflichtet**. Wertermittlungen, die Banken im eigenen Interesse vornehmen, betreffen den **Beleihungswert**, den die Bank klärt, um die Realisierung ihrer Ansprüche im Falle einer künfti-

---

<sup>93</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 20.

<sup>94</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 19.

gen Zwangsvollstreckung abzuschätzen.<sup>95</sup> Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, der Beklagten habe sich die Kenntnis von der sittenwidrigen Übertreibung aufdrängen müssen, weil die von ihr vorgenommene Beleihungswertermittlung mit Hilfe des **Online-Tools „Wertweiser“** einen Vergleichswert von 26.400,00 €, zugleich aber auch einen Ertragswert von lediglich 8.450,00 € ergeben habe und bereits das arithmetische Mittel beider Werte in den sittenwidrigen Bereich führe.

**b)**

Nach einer Entscheidung des II. Zivilsenats vom 08. Januar 2019<sup>96</sup> **haften die Altgesellschafter** einer Fondsgesellschaft beim Beitritt eines Anlegers nicht nur, wenn fehlerhafte Angaben gemacht wurden, sondern auch wenn die **gebotene Aufklärung unterblieben** ist.

In Fortführung seiner Rechtsprechung vom 17. Juli 2018<sup>97</sup> hat der Senat ferner klargestellt, dass aus dem Erfahrungssatz, dass ein **Prospektfehler** auch **ohne Kenntnisnahme des Prospekts** durch den Anleger für die Anlageentscheidung **ursächlich** wird, wenn der Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft von den Anlagevermittlern als **Arbeitsgrundlage** verwendet wird, nicht der weitergehende Erfahrungssatz abgeleitet werden kann, dass ein anhand des Prospektes geschulter Vermittler den für eine Aufklärung wesentlichen **Prospektinhalt** in den von ihm geführten Beratungsgesprächen stets **vollständig und zutreffend wiedergibt**.

Die gegenüber einem Anleger vor dessen **Beitritt zu einer Fondsgesellschaft** bestehende **Aufklärungspflicht** beruht nach der Rechtsprechung des Senats auf §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB und trifft bei einer Kommanditgesellschaft grundsätzlich die zuvor schon beigetretenen nicht rein kapitalistisch beteiligten Gesellschafter, namentlich die **Gründungs- bzw.**

---

<sup>95</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 23.

<sup>96</sup> [II ZR 139/17](#) – juris.

<sup>97</sup> BGH, Urteil vom 17. Juli 2018 – [II ZR 13/17](#) – juris, Rn. 16; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2018.

**Altgesellschafter.**<sup>98</sup> Bedient sich der danach aufklärungspflichtige Gesellschafter für die vertraglichen Verhandlungen über einen Beitritt eines **Vertriebs** und überlässt er diesem oder von diesen eingeschalteten **Untervermittlern** die geschuldete Aufklärung der Beitrittsinteressenten, so haftet er über **§ 278 BGB** für deren **unrichtige oder unzureichende Angaben**. Er muss sich das Fehlverhalten von Personen, die er mit den Verhandlungen zum Abschluss des Beitrittsvertrages ermächtigt hat, zurechnen lassen. Einer vom aufklärungspflichtigen Gesellschafter bis zum Vermittler führenden vertraglichen „**Auftragskette**“ bedarf es hierbei nicht.<sup>99</sup>

Ausgehend von dieser Rechtsprechung hebt der Senat nunmehr hervor, dass eine Haftung der Altgesellschafter nicht voraussetzt, dass Vermittler fehlerhafte Angaben gemacht haben, die diesen zuzurechnen sind. Es genügt vielmehr, dass die **gebotene Aufklärung unterblieben** ist. Haftungsbegründend wirkt in diesem Fall, dass die Altgesellschafter den Anleger **in die Fondsgesellschaft aufgenommen haben, ohne dessen vorherige Aufklärung bewirkt zu haben**.<sup>100</sup> Es nützt den beklagten Altgesellschaftern deshalb nichts, wenn sie **bestreiten**, dass die vom Anleger behaupteten **Gespräche mit den Vermittlern**, bei denen unzureichend über die Risiken aufgeklärt worden sein soll, **überhaupt stattgefunden** haben.<sup>101</sup> Vielmehr tragen sie die **sekundäre Darlegungslast** hinsichtlich der Beratung, d.h. sie müssen die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und **darlegen, wie im Einzelnen beraten bzw. aufgeklärt worden sein soll**; erst dann obliegt dem Anspruchsteller der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft.<sup>102</sup>

Wurde zum Zweck der Beratung nicht oder nicht rechtzeitig ein zur Aufklärung geeigneter Prospekt übergeben, bleibt die **mündliche Aufklärung allein maßgebend**. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

<sup>98</sup> BGH, Teilversäumnis- und Schlussurteil vom 08. Januar 2019 – [II ZR 139/17](#) – juris, Rn. 23.

<sup>99</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 24 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 06. November 2018 – [II ZR 57/16](#) – juris, Rn. 16; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2018.

<sup>100</sup> BGH, Teilversäumnis- und Schlussurteil vom 08. Januar 2019 – [II ZR 139/17](#) – juris, Rn. 29.

<sup>101</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 29.

<sup>102</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 31.

entspricht es allerdings der Lebenserfahrung, dass etwaige **Prospektfehler** auch dann für die Anlageentscheidung **ursächlich** werden, wenn der Anlageinteressent den Prospekt selbst zwar nicht erhalten hat, der Prospekt aber dem Anlagevermittler als **Arbeitsgrundlage** für das mit dem Anlageinteressenten geführte Beratungsgespräch diene. Denn wenn der Prospekt gemäß dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft von entsprechend geschulten Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage verwendet wird, beschränkt sich eine auf dieser Grundlage erteilte mündliche Aufklärung erfahrungsgemäß auf die Umstände und **Risiken, die im Prospekt genannt werden**. Aus dieser Rechtsprechung kann indes, wie der Senat nunmehr ausgesprochen hat, **nicht in einem umgekehrten Sinne** der Erfahrungssatz entnommen werden, dass ein anhand des Prospektes geschulter Vermittler in den von ihm geführten Beratungsgesprächen den für eine Aufklärung wesentlichen **Prospektinhalt stets vollständig und zutreffend wiedergeben** werde. Denn es kommt ohne weiteres in Betracht, dass ein anhand des Prospekts geschulter Vermittler den für die Aufklärung wesentlichen Prospektinhalt in einem Beratungsgespräch nur **eingeschränkt mündlich weitergibt**. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Beratungsgespräch **telefonisch** geführt wird und auf einen **knapp bemessenen Zeitraum** beschränkt ist.<sup>103</sup>

Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte angenommen, es stehe nicht fest, dass die Untervermittler in den vom Kläger vorgetragene Vermittlungsgesprächen vor dem Beitritt zu einer **Riesenrad-Projektgesellschaft** fehlerhafte oder unzureichende Angaben gemacht hätten, und dies wirke sich verfahrensrechtlich zum Nachteil des Klägers aus. Dem hält der Senat entgegen, das Berufungsgericht habe sich vorrangig damit befassen müssen, ob die beklagten Gründungsgesellschafter den behaupteten **Aufklärungsmangel hinreichend bestritten** haben. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann dies nach dem Dafürhalten des Senats mit Blick auf die diese obliegende sekundäre Darlegungslast nicht angenommen werden. Das

---

<sup>103</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 22.

bloße **Bestreiten der Aufklärungsgespräche mit Nichtwissen** hat der Senat als **unzureichend** angesehen, weil den Beklagten eine **Erkundungspflicht** oblag.<sup>104</sup>

c)

Eine **vorformulierte Bestätigung** des Anlegers, die **Risikohinweise in einem Emissionsprospekt zur Kenntnis genommen** zu haben, ist gemäß § 309 Nr. 12 Halbsatz 1 Buchst. b) BGB **unwirksam**. Hierin liegt eine die **Beweislast** zu seinem Nachteil ändernde Bestimmung. Es genügt, wenn die Beweisposition des Anlegers verschlechtert wird; eine Umkehr der Beweislast ist nicht erforderlich. Ein **Empfangsbekanntnis** i.S.v. § 309 Nr. 12 Halbsatz 2 BGB muss **getrennt vom sonstigen Vertragstext** erteilt werden und darf **keine weiteren Erklärungen** umfassen. Die Frage, ob der Anleger **genügend Zeit** hatte, um einen ihm zur Information unter anderem über die Risiken des Investments zur Verfügung gestellten **Prospekt zur Kenntnis zu nehmen**, hängt von den konkreten **Umständen des Einzelfalls** ab. Eine Regelfrist gibt es nicht. Das hat der III. Zivilsenat in seinem Urteil vom 10. Januar 2019<sup>105</sup> entschieden, das er mit den Entscheidungsschlagworten „**Wissenserklärung**“ und „**Rechtzeitigkeit der Prospektübergabe**“ versehen hat.

Der Senat bezieht sich auf seine Rechtsprechung, wonach die persönliche Aufklärungspflicht des Anlageberaters entfällt, wenn die geschuldeten Angaben über die Eigenschaften und Risiken der Anlage **in einem Prospekt enthalten** sind und der Berater davon ausgehen darf, dass der Kunde diesen gelesen und verstanden hat und gegebenenfalls von sich aus Nachfragen stellt. Der Anleger muss sich mit dem Prospektinhalt vertraut machen können, weswegen er **ausreichend Zeit für eine sinnvolle Auseinandersetzung** damit haben muss.<sup>106</sup> Die in diesem Sinne nicht rechtzeitige Übergabe des Emissionsprospekts hat der Anleger darzulegen und zu beweisen, wobei die Frage der „Rechtzeitigkeit“ als solche eine recht-

<sup>104</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 34.

<sup>105</sup> [III ZR 109/17](#) – juris.

<sup>106</sup> BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 – [III ZR 109/17](#) – juris, Rn. 27.

liche Bewertung darstellt. **Welche Frist seit Empfang des Prospekts bis zum Abschluss des Anlagegeschäfts angemessen und erforderlich ist**, damit der Anleger den Prospektinhalt hinreichend zur Kenntnis nehmen kann, hängt – wie der Senat bei dieser Gelegenheit erneut klarstellt – maßgeblich von den **Umständen des einzelnen Falls** ab. Eine **Regelfrist**, die nach Übergabe des Prospektes einzuhalten ist, gibt es nach seinem Dafürhalten nicht.<sup>107</sup>

Gemäß § 309 Nr. 12 Halbsatz 1 Buchst. b) BGB ist eine Bestimmung unwirksam, durch die der Verwender die **Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert**, indem er diesen bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Die Vorschrift ist auch anwendbar, wenn die vom Verwender zu erbringende Beweisführung erleichtert oder ein vom Vertragspartner zu erbringender Beweis erschwert wird. Sie erfasst **jeden Versuch, die Beweisposition des Kunden zu verschlechtern**, auch wenn die Beweislast nicht umgekehrt wird.<sup>108</sup> Eine solche Wirkung hat es nach Ansicht des Senats, wenn in der Beitrittserklärung zu einem Fonds unter der Überschrift „Empfangsbestätigung/weitere Erklärungen und Hinweise:“ folgende vorformulierte Erklärung des Anlegers enthalten ist:

„Ich habe den Beteiligungsprospekt nebst Anlagen (...) erhalten, den Inhalt insbesondere des Kapitels 05 (Risiken der Beteiligung) des Verkaufsprospekts vollinhaltlich zur Kenntnis genommen und stimme dem Inhalt der Verträge ausdrücklich zu.“

Zwar trägt der Anleger ohnehin die Beweislast dafür, dass der Berater seine Pflicht zur Risikoaufklärung verletzt hat. Mit der abgegebenen Erklärung wird aber der vom Anleger zu führende Beweis der Tatsache, nicht über die Risiken des Investments aufgeklärt worden zu sein, erschwert und seine **Beweisposition** durch die gegen sich gerichtete Bestätigung, deren Unrichtigkeit er zu widerlegen hat, **verschlechtert**. Damit verbietet es sich nach dem Dafürhalten des Senats zugleich, der abgegebenen Er-

---

<sup>107</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 28.

<sup>108</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 34.

klärung ungeachtet der Unwirksamkeit der Klausel eine wie auch immer geartete **tatsächliche Wirkung zu Lasten des Anlegers** beizumessen, denn dadurch würde der durch § 309 Nr. 12 BGB bezweckte Schutz unterminiert.<sup>109</sup>

Die Ausnahme des § 309 Nr. 12 Halbsatz 2 BGB greift nicht ein. Sie gilt nur für das gesondert unterschriebene, einer Quittung gemäß § 368 BGB entsprechende **(reine) Empfangsbekanntnis**. Die Erklärung, den Inhalt des Prospekts einschließlich der Risikohinweise zur Kenntnis genommen zu haben, geht nach Ansicht des Senats hierüber hinaus.<sup>110</sup> Ein Empfangsbekanntnis ist nur dann gemäß § 309 Nr. 12 Halbsatz 2 BGB wirksam, wenn es **gesondert unterschrieben** oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist. Dies bedeutet, dass es getrennt vom sonstigen Vertragstext erteilt werden, mithin **räumlich und drucktechnisch deutlich abgehoben** sein muss, wobei sich die Unterschrift allein auf das Empfangsbekanntnis als rein tatsächlichen Vorgang der körperlichen Übergabe und Entgegennahme einer Sache beziehen und keine weitere Erklärung umfassen darf.<sup>111</sup>

Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, dass der Kläger den Prospekt betreffend den **Solar-Fonds** rechtzeitig erhalten habe und damit ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei. Dies hat der Senat als rechtfertigbar beanstandet, weil die Vorinstanz ihre Überlegung, es sei plausibel, dass dem Kläger vier Tage zur Prospektlektüre ausgereicht hätten, maßgeblich damit begründet hatte, dass er die Kenntnisnahme des Prospekts einschließlich der Risikoaufklärung „vollumfänglich“, „insbesondere das Kapitel 05 (Risiken der Beteiligung)“ bestätigt habe. Damit im Zusammenhang stünden die weiteren Ausführungen, der Kläger habe nicht erläutert und unter Beweis gestellt, weshalb er die Bestätigung unterzeichnet habe, wenn er den Prospekt tatsächlich nicht habe zur Kenntnis nehmen kön-

---

<sup>109</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 35.

<sup>110</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 33.

<sup>111</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 37.

nen, und ferner nicht dargelegt, woran der Berater habe erkennen sollen, dass entgegen seiner anderslautenden Bestätigung ein Zeitraum von vier Tagen wegen seiner damaligen beruflichen Belastung nicht ausgereicht habe und ihm „Zeit und Ruhe“ gefehlt hätten, „sich mit dem 172 Seiten starken Emissionsprospekt zu befassen“.<sup>112</sup>

Dem steht entgegen, dass die in dem Beitrittsformular der Fondsgesellschaft enthaltene, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) Kenntnisnahmebestätigung als Tatsachenbestätigung gemäß § 309 Nr. 12 Halbsatz 1 Buchst. b) BGB nach dem Dafürhalten des Senats aus den genannten Gründen unwirksam ist.<sup>113</sup> Das Berufungsgericht wird daher im neuen Verfahren **die schriftliche Erklärung des Klägers, er habe den Prospekt vollinhaltlich zur Kenntnis genommen, außer Acht zu lassen** und sich nur unter Berücksichtigung des sonstigen Parteivortrags mit der Frage zu befassen haben, ob der Kläger den Prospekt rechtzeitig erhalten hat, um sich mit dessen Inhalt auseinandersetzen zu können.<sup>114</sup>

**d)**

Eine **Prospektverantwortlichkeit** trifft auch diejenigen, die aufgrund ihrer besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Stellung oder aufgrund ihrer Fachkunde eine **Garantenstellung** einnehmen, weil sie in die Gestaltung des Prospekts oder in das Vertriebssystem einbezogen sind und durch ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken einen **Vertrauenstatbestand schaffen** und **Erklärungen abgeben**. Dient die Darstellung in einem Prospekt dazu, den „**guten Namen**“ eines **Projektpartners als Mittel der Werbung** zu verwenden, und gegebenenfalls auch zu dessen eigener Präsentation, begründet dies ohne Hinzutreten weiterer Umstände, aus denen sich eine Erklärung über das Fondsprojekt ergibt, noch

---

<sup>112</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 30.

<sup>113</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 31.

<sup>114</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 38.

**keine** Vertrauenshaftung aufgrund einer Garantenstellung. Dies hat der II. Zivilsenat im Urteil vom 22. Januar 2019<sup>115</sup> entschieden.

Ob ein Dritter nach einem Fondsprospekt zugunsten der Anleger einen seine Prospektverantwortlichkeit begründenden Vertrauenstatbestand geschaffen hat, ist nach der Rechtsprechung des Senats durch **objektive Auslegung** zu ermitteln. Dabei ist der Prospekt „aus sich heraus“ auszulegen, wobei dem Wortlaut eine erhöhte Bedeutung zukommt und wesentlich auf das durch den Prospekt vermittelte **Gesamtbild** abzustellen ist.<sup>116</sup>

Der Senat hat es bei der von ihm selbst vorgenommenen Auslegung nicht für eine Vertrauenshaftung ausreichen lassen, dass der Prospekt die **Beratungstätigkeit und -kompetenz der schuldübernehmenden Bank im Bereich des Kapitalmarkt- und Wertpapiergeschäfts auf Seiten von Emittenten und Anlegern beschreibt** und hervorhebt. Nach dem Dafürhalten des Senats fehlt es an der Mitteilung, ob und gegebenenfalls **welche Leistungen im Zusammenhang mit der Erstellung des Prospekts erbracht** wurden. Entsprechend lässt sich aus dem Wortlaut des Prospekts seiner Ansicht nach nicht ableiten, dass die Bank über ihre Rolle als schuldübernehmende Bank hinaus **eigene Erklärungen** abgegeben hat und aufgrund dieser Erklärungen der angesprochene Anlegerkreis darauf vertrauen durfte, die Bank habe das Fondskonzept insgesamt einer Prüfung unterzogen und wolle **für die Richtigkeit der Aussagen des Prospekts einstehen**. Dass die Darstellung im Prospekt für die Initiatoren des Fonds den Zweck gehabt haben mag, den „guten Namen“ eines Projektpartners als **Mittel der Werbung** zu verwenden und die Darstellung gegebenenfalls auch der Bank zur eigenen Präsentation gedient haben mag, begründet nach der Beurteilung des Senats für sich genommen noch keine Vertrauenshaftung, weil sich hieraus ohne das Hinzutreten weiterer Umstände **keine Sachaussage zum Fondsprojekt als solchen** ergibt.

---

<sup>115</sup> [II ZB 18/17](#) – juris.

<sup>116</sup> BGH, Beschluss vom 22. Januar 2019 – [II ZB 18/17](#) – juris, Rn. 20.

Einer hierauf gerichteten Erklärung oder auf andere Weise nach außen in Erscheinung getretenen Mitwirkung an der Prospektgestaltung bedarf es nach Ansicht des Senats aber, an die für die Haftung wegen typisierten Vertrauens angeknüpft werden kann.<sup>117</sup>

Auch der Umstand, dass die Hervorhebung der Stellung der Bank innerhalb des Fondskonzepts einschließlich ihrer Funktion als Schuldübernehmerin, die nach den Angaben des Prospekts der **Sicherung des von den Anlegern eingesetzten Kapitals** dienen sollte, einen verständigen Anleger zu der Schlussfolgerung veranlasst haben mag, dass die Bank das Konzept und die ihm zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse einer **eingehenden Prüfung unterzogen** hat, bevor sie ihre Bereitschaft zur Übernahme der Schlusszahlungsverpflichtung der jeweiligen Lizenznehmer erklärt hat, war für den Senat nicht entscheidend. Nach seiner Beurteilung lag es für den verständigen Anleger auf der Hand, dass eine solche Prüfung angesichts dieser Funktion maßgeblich dem **Schutz eigener Interessen der Bank** dienen musste. Vor dem Hintergrund dieses offensichtlichen Eigeninteresses konnte der Senat aus den **pauschalen Hinweisen auf die Beratungskompetenz** keine Erklärung mit dem Inhalt ableiten, dass die Bank zugunsten der Anleger die Gewähr für die Richtigkeit der Prospektangaben hat übernehmen wollen.<sup>118</sup>

Die im **Kapitalanleger-Musterverfahren** vom Oberlandesgericht getroffene Feststellung, die Rechtsnachfolgerin der schuldübernehmenden Bank sei für den Prospekt **als Garant** nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn verantwortlich, konnte danach keinen Bestand haben. Der Senat hat dem Oberlandesgericht aufgegeben zu prüfen, ob die Prospektverantwortlichkeit der Rechtsnachfolgerin der schuldübernehmenden Bank als sogenannter **Hintermann** gegeben ist.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 23.

<sup>118</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 27.

<sup>119</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 35.

e)

Nach der Entscheidung des III. Zivilsenats vom 07. Februar 2019<sup>120</sup> mit dem Schlagwort „**abgelehnte Prospektlektüre**“ folgt aus dem Umstand, dass ein Anleger die **Entgegennahme eines Emissionsprospekts** mit der Begründung **ablehnt**, dieser sei „**zu dick und zu schwer**“ und nur „**Papierkram**“, nicht ohne weitere Anhaltspunkte, dass er an einer Aufklärung über die Risiken des Investments in anderer Form nicht interessiert ist und **auf ein persönliches Beratungsgespräch verzichtet**. Wie der Senat weiter ausgesprochen hat, wird der **Pflichtenumfang des Anlageberaters** allein durch ein solches Verhalten **nicht reduziert**; insbesondere wird er nicht davon entbunden, den Anleger persönlich über die wesentlichen Risiken des Geschäfts zu informieren oder zumindest darauf aufmerksam zu machen, dass der Prospekt weitere wichtige, über das Gespräch hinausgehende Hinweise enthalten kann.

Nach der Entscheidung sind bei der **Ermittlung der Vertriebskosten** einer Anlage ferner **Abschläge**, die dem einzelnen Anleger auf das **Agio** gewährt worden sind, zu berücksichtigen, weil sie die **individuelle Vertriebskostenquote des betroffenen Anlegers mindern**.

Nach der Rechtsprechung des Senats befreit allein der Umstand, dass ein Anleger einen Prospekt nicht entgegen und die darin enthaltenen Informationen nicht zur Kenntnis nehmen will, den Berater nicht ohne weiteres von der Pflicht, seinen Kunden über die wesentlichen Risiken des Investments aufzuklären. Denn die **persönliche Aufklärungspflicht des Beraters** entfällt erst dann, wenn er davon ausgehen darf, dass der Kunde den die notwendige Aufklärung enthaltenden Prospekt gelesen und verstanden hat und gegebenenfalls von sich aus Nachfragen stellt.<sup>121</sup> Zwar ist eine erschöpfende Wiedergabe aller in einem Prospekt enthaltenen Informationen vielfach weder möglich noch geboten und wird der Anleger dies regelmäßig auch nicht erwarten. Dies enthebt den Berater aber nach Ansicht

---

<sup>120</sup> [III ZR 498/16](#) – juris.

<sup>121</sup> BGH, Urteil vom 07. Februar 2019 – [III ZR 498/16](#) – juris, Rn. 15.

des Senats nicht davon, den Anleger **von sich aus jedenfalls über die wesentlichen Risiken** – wozu insbesondere ab einer bestimmten Größenordnung auch die **Vertriebsprovisionen** gehören – zu informieren. Allenfalls im Übrigen darf sich der Berater dem Anleger gegenüber, der den Prospekt nicht entgegennimmt oder sonst zu erkennen gibt, dass er die darin enthaltenen Informationen nicht zur Kenntnis nehmen kann oder will, auf den **Hinweis** beschränken, dass allein das Aufklärungsgespräch eine umfassende Aufklärung nicht gewährleistet, sondern **weitere wichtige Informationen in dem Prospekt enthalten** sind.<sup>122</sup>

Auf dieser Grundlage kann allein die bloße Weigerung des Anlegers, das ihm überreichte schriftliche Informationsmaterial entgegenzunehmen, nicht von vornherein als **fehlendes Interesse an einer Aufklärung** oder als **Verzicht** darauf beziehungsweise als Gleichgültigkeit gegenüber den der Anlage innewohnenden Risiken verstanden werden. Nach dem Dafürhalten des Senats ist es ebenso denkbar, dass der Anleger zwar auf die möglicherweise zeitraubende Lektüre eines unter Umständen als schwer verständlich empfundenen Prospekts und damit auf eine schriftliche Aufklärung, **nicht aber auf eine zusammenfassende und gegebenenfalls eingängigere mündliche Erläuterung der wesentlichen Eigenschaften und Risiken der Kapitalanlage durch den Anlageberater**, bei der unmittelbar Gelegenheit zur Nachfrage besteht, verzichten will. Anderes kommt, wie der Senat ausführt, erst in Betracht, wenn der Anlageberater ausdrücklich darauf hinweist, dass in dem Prospekt wichtige Informationen enthalten sind, die er nicht oder nicht vollumfänglich persönlich darstellen kann oder will, und der Kunde gleichwohl auf eine Lektüre verzichtet und die empfohlene Anlage vornimmt.<sup>123</sup>

Danach hat der Senat die Würdigung des Berufungsgerichts nicht beanstandet, die Begründung des Klägers, die Fondsprospekte nicht haben zu wollen, weil sie „zu dick und zu schwer“ beziehungsweise nur „Papier-

---

<sup>122</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 16.

<sup>123</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 17.

kram“ seien, belege als solches **noch nicht sein Desinteresse an einer anderweitigen Aufklärung** über die wesentlichen Risiken der Anlage oder einen Verzicht darauf und schränke folglich nicht den **Pflichtenumfang des Beraters** ein. Dass der Kläger mit einer persönlichen Beratung einverstanden war, sie jedenfalls nicht ablehnte, konnte das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei daraus folgern, dass er sich **eigens für ein Beratungsgespräch in die Büroräume** des ihm aus einer früheren Tätigkeit bei einer Bank bekannten, nunmehr freien Handelsvertreters begeben hatte und dort auch tatsächlich ein Gespräch geführt worden ist.<sup>124</sup>

In die Ermittlung der **aufklärungspflichtigen Eigenkapitalbeschaffungskosten** ist nach der Rechtsprechung des Senats das **Agio** mit einzubeziehen.<sup>125</sup> Soweit es die **aus dem Eigenkapital** zu entrichtenden Vertriebsprovisionen angeht, ergibt sich ihr prozentualer Anteil aus dem Verhältnis zwischen dem von den Anlegern für ihre Beteiligung an der Kommanditgesellschaft einzubringenden Eigenkapital (ohne Agio) und dem davon für die Vermittlung abfließenden Betrag.<sup>126</sup> Hinzuzurechnen ist in einem zweiten Schritt das Agio, das der **(einzelne) Anleger** als weiteren Preis für den Erwerb des Fondsanteils zu zahlen hat.<sup>127</sup>

Wie der Senat nunmehr klargestellt hat, sind dabei **Abschläge**, die dem einzelnen Anleger auf das vorgesehene (höhere) Agio gewährt werden, zu berücksichtigen, weil sie die für ihn maßgebliche Vertriebskostenquote mindern.<sup>128</sup> Nicht etwa ist, wie es das Berufungsgericht noch angenommen hatte, die von dem einzelnen Anleger erlangte Reduzierung des Agios – im Streitfall 375,00 € entsprechend einer Ermäßigung von 5 % auf 2,5 % – zu den gesamten Kosten der Eigenkapitalbeschaffung (rd. 2,5 Millionen Euro) ins Verhältnis zu setzen. Denn das Agio mindert allein die **Renditeerwartung des einzelnen Anlegers**. Für ihn spielt es

---

<sup>124</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 18.

<sup>125</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 23.

<sup>126</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 25.

<sup>127</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 26.

<sup>128</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 27.

keine Rolle, ob und wie viel Agio andere Anleger zu zahlen haben und ob und wann sie ihrerseits mit der Anlage einen Gewinn erwirtschaften. Anders als bei einer Ermäßigung der aus dem Eigenkapital zu zahlenden Provisionen kommt der Differenzbetrag auch nicht dem Anlageobjekt zugute, sondern bewirkt allein eine Verringerung der individuellen Kosten.<sup>129</sup>

Bei dieser Berechnung ergaben die aus dem Einlagekapital aufzubringende Provisionen und das Agio bei dem „Twinfonds“ insgesamt eine **Quote von 15 %** und übersteigen die nach der Rechtsprechung des Senats maßgebliche Schwelle gerade noch nicht.<sup>130</sup> Das Berufungsurteil konnte deshalb keinen Bestand haben.

In Bezug auf die weiteren beiden streitgegenständlichen Fonds, bei denen die Provisionsquote von 15 % überschritten ist, hat der Senat beanstandet, dass sich auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands die **Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung** für den Erwerb der Fondsbeteiligung nicht feststellen lässt. Die Beklagte hatte behauptet, der Kläger hätte die Anlagen auch in Kenntnis der Vertriebsprovisionen gezeichnet, und sich zum Beweis auf dessen **Vernehmung als Partei** gemäß § 445 Abs. 1 ZPO berufen. Dieses Beweisangebot hat das Berufungsgericht übergangen und damit den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt.<sup>131</sup> Ein **unzulässiger Ausforschungsbeweis** lag darin nach Ansicht des Senats nicht, weil die Beklagte hat auf Umstände hingewiesen hatte, die allein oder gemeinsam dafür sprechen könnten, dass es dem Kläger auf eine Aufklärung über die konkrete Höhe der zu zahlenden Vertriebsprovisionen nicht entscheidend ankam.<sup>132</sup> Dazu gehört neben anderen Gesichtspunkten nach dem Dafürhalten des Senats auch die **Weigerung, die Emissionsprospekte entgegen zu nehmen**.<sup>133</sup>

---

<sup>129</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 29.

<sup>130</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 28.

<sup>131</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 32 ff.

<sup>132</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 36 ff.

<sup>133</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 39.

Das Berufungsgericht wird mithin in dem neu eröffneten Berufungsverfahren dem Beweisantritt der Beklagten nachzugehen haben.

f)

In seiner Entscheidung vom 19. Februar 2019<sup>134</sup> hatte der II. Zivilsenat Gelegenheit, zur **Aufklärungspflicht** gegenüber einem Anleger vor der Zeichnung einer Fondsbeteiligung als **Private Placement für qualifizierte Investoren** Stellung zu nehmen, wenn am letzten Zeichnungstag die in den Informationsunterlagen genannte angestrebte **Zeichnungssumme nicht erreicht** wurde.

Wird die angestrebte Zeichnungssumme nicht erreicht, ist dies nach der Beurteilung des Senats nur dann aufklärungsbedürftig, wenn dies auf die **Chancen oder Risiken des Projekts relevante Auswirkungen** hat. Kann das Fondsprojekt hingegen mit weniger Anlegern bei geringerem Kapitaleinsatz mit gleichwohl gleicher Rendite und ohne Erhöhung der Risiken durchgeführt werden, ist dieser Umstand für den Anleger regelmäßig nicht von Bedeutung für die Anlageentscheidung und damit nicht aufklärungspflichtig.<sup>135</sup>

Da das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, konnte seine Auffassung, der klagende Anleger sei über den Platzierungsverlauf und das Verfehlen der einzuwerbenden Summe um 10 % zum final closing aufzuklären gewesen, keinen Bestand haben. Eine solche Aufklärungspflicht wird nach Auffassung des Senats auch nicht von der Erwägung getragen, aufgrund der schriftlichen Unterlagen wie Flyer, Memorandum und Investorenpräsentation sei der **unzutreffende Eindruck vermittelt** worden, dass zum final closing jedenfalls 250 Mio. \$ eingeworben werden würden, obwohl dieser Betrag an dem Stichtag um fast genau 10 % verfehlt worden sei. Denn die schriftlichen Unterlagen waren auch für den Kläger erkennbar **vor dem Stichtag erstellt** worden und konnten

---

<sup>134</sup> [II ZR 275/17](#) – juris.

<sup>135</sup> BGH, Urteil vom 22. Februar 2019 – [II ZR 275/17](#) – juris, Rn. 18.

damit aus der Sicht eines Anlegers lediglich die **Erwartung des Fonds** wiedergeben, in welcher Höhe Eigenkapital eingeworben werden würde bzw. könnte. Dementsprechend musste dem Kläger nach dem Dafürhalten des Senats klar sein, dass die dort angegebenen Zahlen lediglich **Prognosen** waren und nicht als Mindestsumme angesehen werden konnten.<sup>136</sup>

Auch aus der **Zurückhaltung institutioneller Anleger** und dem damit einhergehenden **schleppenden Platzierungsverlauf** kann nach Ansicht des Senats unter den Umständen des Streitfalls nicht geschlossen werden, dass die Qualität, Chancen oder Risiken sich ungünstig für die Anleger verändert hätten. Denn diese Zurückhaltung konnte nachvollziehbar auf die **Subprime-Krise** zurückgeführt werden, die aber **nicht den Schiffsmarkt** betroffen hat, auf dem der Fonds tätig werden sollte, sondern den US-amerikanischen Hypothekenmarkt.<sup>137</sup>

#### **g)**

In zwei Beschlüssen vom 05. Februar 2019<sup>138</sup> und 02. April 2019<sup>139</sup> hatte sich der XI. Zivilsenat jeweils im Zusammenhang mit der Pflicht zur Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert des **Swap-Vertrages** erneut mit der **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich des – die sonst eingetretene Verjährung nach § 37 WpHG a.F. überwindenden – **Vorsatzes** zu befassen.

Der Senat bekräftigt, dass die Darlegungs- und Beweislast für vorsätzliches Handeln der Bank **nicht der geschädigte Anleger** trägt, der sich insoweit auf **§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB** berufen kann. Vielmehr muss die

---

<sup>136</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 16.

<sup>137</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 20.

<sup>138</sup> [XI ZR 335/18](#) – juris.

<sup>139</sup> [XI ZR 574/17](#) – juris.

**Bank darlegen und beweisen**, dass sie die **Pflichtverletzung nicht vorsätzlich** begangen hat.<sup>140</sup>

Insofern steht es der Bank frei, sich auf einen vorsatzausschließenden **vermeidbaren Rechtsirrtum** zu berufen und darzulegen, dass ihre Organe und die für sie handelnden Mitarbeiter tatsächlich einer solchen Fehlvorstellung unterlagen. Um diesen Vortrag streitig zu stellen, genügt es aber, wenn der Anleger vorträgt, dass die Bank **um ihre Pflicht wusste**, über den anfänglichen negativen Marktwert des betreffenden Swaps aufklären zu müssen. Eine **weitere Substantiierung** oder Präzisierung des Bestreitens ist nicht erforderlich.<sup>141</sup>

Die **Vorsatzvermutung** ist auch nicht schon dann **widerlegt**, wenn die Beklagte auf Grundlage der zum Aufklärungszeitpunkt **veröffentlichten Rechtsprechung** von dem Nichtbestehen einer Aufklärungspflicht ausgehen konnte. Die durch das klägerische Bestreiten aufgeworfene Frage, ob Mitarbeiter oder Organe der beklagten Bank eine Aufklärungspflicht **noch nicht einmal für möglich gehalten** haben, erfordert nach Ansicht des Senats **einzelfallbezogene Feststellungen**. Die Frage der Verschuldensform muss deshalb – gegebenenfalls durch Beweisaufnahme – näher aufgeklärt werden.<sup>142</sup>

Dies führte in beiden Fällen auf die Nichtzulassungsbeschwerden der Swap-Vertragskunden zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit die Klage unter dem Aspekt der unzureichenden Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert abgewiesen worden war. Das Berufungsgericht hatte den unvermeidbaren Rechtsirrtum in gehörsverletzender

---

<sup>140</sup> BGH, Beschlüsse vom 05. Februar 2019 – [XI ZR 335/18](#) – juris, Rn. 9; vom 02. April 2019 – [XI ZR 574/17](#) – juris, Rn. 9, jeweils mit Hinweis auf Senatsbeschluss vom 05. Juni 2018 – [XI ZR 388/16](#) – juris, Rn. 18.

<sup>141</sup> BGH, Beschluss vom 02. April 2019 – [XI ZR 574/17](#) – juris, Rn. 10.

<sup>142</sup> BGH, Beschluss vom 05. Februar 2019 – [XI ZR 335/18](#) – juris, Rn. 10.

Weise fehlerhaft als unstreitig angesehen<sup>143</sup> bzw. die Vorsatzvermutung als widerlegt betrachtet<sup>144</sup>.

**h)**

Mit Beschluss vom 12. März 2019<sup>145</sup> hat der XI. Zivilsenat in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren seine Rechtsprechung bekräftigt, wonach bei einem **Zinssatz-Swap-Vertrag** über die Einpreisung eines **anfänglichen negativen Marktwerts** ausnahmsweise dann nicht aufzuklären ist, wenn es den Parteien bei der im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Betrachtung ausschließlich darum geht, die Parameter eines konkreten Kreditverhältnisses abzuändern, mithin zumindest partiell entweder ein variabel verzinsliches Darlehen als **konnexes Grundgeschäft** in ein synthetisches Festzinsdarlehen oder ein Festzinsdarlehen als ein ebensolches Grundgeschäft in ein synthetisch variabel verzinsliches Darlehen umzuwandeln.<sup>146</sup>

Nach diesen Grundsätzen ist ein konnexes Grundgeschäft dann gegeben, wenn der Zinssatz-Swap-Vertrag einen bei der beratenden Bank **unterhaltenen, bestehenden oder zeitgleich abgeschlossenen Darlehensvertrag** und dessen Bedingungen abändert. Daraus folgt – wie der Senat nunmehr klarstellt – nicht, dass der Darlehensvertrag **taggleich** mit dem Swap-Vertrag abgeschlossen werden muss. Es genügt, wenn bei Abschluss des Zinssatz-Swap-Vertrages der Abschluss eines Darlehensvertrages, der auch im Übrigen den inhaltlichen Anforderungen an die Konnektivität entspricht, bereits von den Parteien so **konkret in Aussicht genommen** worden ist, dass die **wesentlichen Bedingungen** des Darlehensvertrages bereits feststehen und die Parteien durch den nachfolgenden Ab-

---

<sup>143</sup> BGH, Beschluss vom 02. April 2019 – [XI ZR 574/17](#) – juris, Rn. 10.

<sup>144</sup> BGH, Beschluss vom 05. Februar 2019 – [XI ZR 335/18](#) – juris, Rn. 10.

<sup>145</sup> [XI ZR 38/17](#) – juris.

<sup>146</sup> BGH, Beschluss vom 12. März 2019 – [XI ZR 38/17](#) – juris, Rn. 9 mit Hinweis u.a. auf Senatsurteile vom 28. April 2015 – [XI ZR 378/13](#) – juris, Rn. 42 und vom 22. März 2016 – [XI ZR 425/14](#) – juris, Rn. 28; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2015 und I/2016.

schluss des Darlehensvertrages die Wirkung eines synthetischen Darlehens erzeugen.<sup>147</sup>

Diese Voraussetzungen waren im Streitfall erfüllt, weil bereits von vornherein feststand, dass für die beiden ins Auge gefassten EURIBOR-Darlehensverträge jeweils ein Zinssatz-Swap-Vertrag abgeschlossen werden würde, weil die **Bezugsbeträge** der Zinssatz-Swap-Verträge mit den **Darlehenssummen** übereinstimmten, die Swap-Verträge zudem die in den Darlehensverträgen vereinbarten zukünftigen **Tilgungsleistungen exakt reflektierten** und darüber hinaus sämtliche Verträge eine **übereinstimmende Laufzeit** aufwiesen.<sup>148</sup>

Nach dem Dafürhalten des Senats schuldet die Bank grundsätzlich ohne Hinzutreten besonderer Umstände auch nicht deswegen **Aufklärung** über den anfänglichen negativen Marktwert, weil sich im Falle einer dem Zweck der in Aussicht genommenen Erzeugung eines synthetischen Darlehens gerade zuwiderlaufenden **vorzeitigen Beendigung des Darlehensvertrages** der Swap-Vertrag zu einem **Spekulationsgeschäft wandeln** könnte.<sup>149</sup>

i)

Mit weiterem Beschluss vom 12. März 2019<sup>150</sup> hat der XI. Zivilsenat entschieden, dass der **anfängliche negative Marktwert** eines bestimmten Swap-Geschäfts als Tatsache einer **sachverständigen Begutachtung zugänglich** ist.<sup>151</sup>

Da ein Fall vorlag, in dem die Beklagte aufgrund eines schwerwiegenden Interessenkonflikts gehalten war, nicht nur über das Bestehen eines anfänglichen negativen Marktwerts des Swaps, sondern auch über dessen

<sup>147</sup> BGH, Beschluss vom 12. März 2019 – [XI ZR 38/17](#) – juris, Rn. 10.

<sup>148</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 11.

<sup>149</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 12.

<sup>150</sup> [XI ZR 437/17](#) – juris.

<sup>151</sup> BGH, Beschluss vom 12. März 2019 – [XI ZR 437/17](#) – juris, Rn. 14.

**Höhe aufzuklären**, hätte das Berufungsgericht nach Ansicht des Senats dem Antrag der Klägerin zur Einholung eines **Sachverständigengutachtens** zum Beweis der von ihr behaupteten **Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts** nachgehen müssen.<sup>152</sup> Die Klägerin hatte ihrer **Substantiierungslast genügt**, indem sie sogar unter Vorlage eines – nicht offensichtlich unbrauchbaren und von falschen Parametern ausgehenden – **Privatgutachtens** behauptet hatte, der anfängliche negative Marktwert des streitgegenständlichen Vertrages habe sich auf 236.224,00 € belaufen. Der geltend gemachte Wert stand damit im Widerspruch zum Wert von 5.000,00 €, den das Berufungsgericht den Angaben eines Zeugen entnommen hatte.<sup>153</sup>

Dies führe auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache, weil der Senat nicht ausschließen konnte, die Beklagte habe – wenn überhaupt – **jedenfalls der Höhe nach unzutreffend** über den anfänglichen negativen Marktwert des in Rede stehenden Vertrages aufgeklärt.<sup>154</sup>

j)

In seiner die **Verjährung** betreffenden Entscheidung vom 26. März 2019<sup>155</sup> hat sich der XI. Zivilsenat von einem erst jüngst ergangenen Urteil des III. Zivilsenats vom 08. November 2018<sup>156</sup> abgegrenzt. Er hat ausgesprochen, dass der **Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Anlageberatung** mit dem **Abschluss des Beteiligungsvertrags entsteht**, weil der Anleger, der aufgrund einer Verletzung der Aufklärungspflicht oder einer fehlerhaften Beratung eine für ihn nachteilige Kapitalanlage erworben hat, bei der gebotenen wertenden Betrachtung ohne Rücksicht auf die objektive Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung bereits **durch den schuldrechtlichen Erwerb der Kapitalanlage geschädigt** ist, weil

---

<sup>152</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 11.

<sup>153</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 13.

<sup>154</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 15.

<sup>155</sup> [XI ZR 372/18](#) – juris.

<sup>156</sup> [III ZR 628/16](#) – juris, Rn. 20; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2018.

der ohne die erforderliche Aufklärung gefasste Anlageentschluss von den Mängeln der fehlerhaften Aufklärung beeinflusst ist. Darauf, ob der Geschädigte seine Vertragserklärung **noch widerrufen kann**, kommt es für die Entstehung des Schadensersatzanspruchs nach Ansicht des XI. Zivilsenats nicht an.

Auch in seinem zweiten Leitsatz tritt der XI. Zivilsenat der Auffassung des III. Zivilsenats<sup>157</sup> entgegen. Eine **Widerrufsbelehrung**, die erteilt wird, **obwohl ein gesetzliches Widerrufsrecht nicht besteht**, ist nach seinem Dafürhalten aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Kunden bei der gebotenen objektiven Auslegung **nicht als Angebot** auf Vereinbarung eines **voraussetzungslosen vertraglichen Widerrufsrechts** zu verstehen.

Der Senat sieht es als durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt an, dass der Anspruch auf Schadensersatz wegen **Beratungspflichtverletzung** nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB – gleiches gilt für § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB – mit dem **Zustandekommen des Beteiligungsvertrags entsteht**.<sup>158</sup> Auch und gerade der auf einer Aufklärungspflichtverletzung beruhende Abschluss eines für den Anleger nachteiligen, weil seinen Zielen und Vermögensinteressen nicht entsprechenden Vertrags über eine Beteiligung an einer Fondsgesellschaft stellt danach bereits für sich genommen einen **Schaden** dar, der mit Vertragsschluss entsteht. Darauf, ob sich der Geschädigte nachträglich noch von den Bindungen seiner **Vertragserklärung wieder lösen** kann, kommt es nicht an. Unerheblich ist mithin, ob der Anleger seine Vertragserklärung noch **anfechten** kann, weil der Schadensersatzanspruch neben das Recht zur Anfechtung tritt. Gleiches gilt nach der Beurteilung des Senats für Gestaltungsrechte wie das Kündigungs- und das **Widerrufsrecht**. Der Anspruch entsteht nach Ansicht des XI. Zivilsenats auch nicht erst, wenn Umstände vorliegen, aufgrund deren der Anleger von seiner Anlageentscheidung nicht Ab-

---

<sup>157</sup> Urteil vom 08. November 2018 – [III ZR 628/16](#) – juris, Rn. 19.

<sup>158</sup> BGH, Beschluss vom 26. März 2019 – [XI ZR 372/18](#) – juris, Rn. 13 mit zahlreichen Nachweisen.

stand nehmen könnte, ohne aus Gründen, die sich seiner Einflussmöglichkeit entziehen, gegebenenfalls **finanzielle Einbußen** oder sonstige für ihn nachteilige Folgen hinnehmen zu müssen, oder er nach dem Beitritt zu einer Gesellschaft „Beiträge geleistet oder gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt“ hat.<sup>159</sup> Die abweichende Entscheidung des III. Zivilsenats vom 08. November 2018<sup>160</sup> betrachtet der Senat als den besonderen Umständen dieses Falles geschuldete, nicht verallgemeinerungsfähige **Einzelfallentscheidung**.<sup>161</sup>

Auch der Auffassung des III. Zivilsenats, aus der Unklarheitenregel des § 305c BGB folge, vorformulierte Widerrufsbelehrungen müssten in Fällen, in denen ein gesetzliches Widerrufsrecht nicht bestehe, zulasten des Verwenders im Sinne der Einräumung eines **vertraglichen Widerrufsrechts** interpretiert werden,<sup>162</sup> folgt der Senat nicht. Seiner Ansicht nach würden dann die das gesetzliche Widerrufsrecht betreffenden Vorschriften letztlich leerlaufen. Eine Widerrufsbelehrung, die um eine **vermeintliche gesetzliche Pflicht** zu erfüllen oder **rein vorsorglich** erteilt wird, obwohl ein gesetzliches Widerrufsrecht nicht besteht, ist daher seiner Ansicht nach aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Kunden bei der gebotenen objektiven Auslegung **nicht als Angebot auf Vereinbarung eines voraussetzungslosen vertraglichen Widerrufsrechts zu verstehen**.<sup>163</sup> Aufgrund dieser vom III. Zivilsenat abweichenden rechtlichen Beurteilung hat der Senat die **Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen**.

#### k)

Mit der **Verjährung** von Schadensersatzansprüchen eines Anlegers wegen **Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzungen** im Zusammenhang mit dem Erwerb einer **Beteiligung an einer Fondsgesellschaft**

---

<sup>159</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 14 mit dem Hinweis „so aber“ BGH, Urteil vom 08. November 2018 – [III ZR 628/16](#) – juris, Rn. 23 und 26.

<sup>160</sup> [III ZR 628/16](#) – juris, Rn. 23 und 26.

<sup>161</sup> BGH, Beschluss vom 26. März 2019 – [XI ZR 372/18](#) – juris, Rn. 15 f.

<sup>162</sup> BGH, Urteil vom 08. November 2018 – [III ZR 628/16](#) – juris, Rn. 19.

<sup>163</sup> BGH, Beschluss vom 26. März 2019 – [XI ZR 372/18](#) – juris, Rn. 17 mit Hinweis u.a. auf Senatsurteil vom 06. Dezember 2011 – [XI ZR 401/10](#) – juris, Rn. 17 und vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 501/15](#) – juris, Rn. 43; vgl. dazu Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

hatte sich im Berichtszeitraum auch der II. Zivilsenat zu befassen. Er hat am 21. Mai 2019<sup>164</sup> ausgesprochen, dass die Verjährung gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB nicht bereits mit dem Zugang des Beitrittsangebots des Anlegers bei der Fondsgesellschaft, sondern **frühestens** mit dem **Zustandekommen des Beteiligungsvertrags** beginnt.

Die Entscheidung, die auch bereits den zuvor referierten Beschluss des XI. Zivilsenats vom 26. März 2019<sup>165</sup> berücksichtigt, gibt einen eingehenden Überblick über die Rechtsprechung der verschiedenen Senats des Bundesgerichtshofs zum Verjährungsbeginn, die jedenfalls terminologisch nicht vollkommen einheitlich ist. Während der III. und der IV. Zivilsenat auf den Zeitpunkt des „**(unwiderruflichen und vollzogenen) Erwerbs**“ der Anlage abstellen, vertritt der XI. Zivilsenat die Ansicht, der Schadensersatzanspruch entstehe mit dem **Abschluss des schuldrechtlichen Beteiligungsvertrags**.<sup>166</sup> Der II. Zivilsenat muss zu diesem Meinungsstand nicht Position beziehen, sondern kann sich auf die Aussage beschränken, dass die Verjährung **frühestens** mit dem Abschluss des Beteiligungsvertrags, **nicht etwa schon mit der einseitigen Beitrittserklärung des Anlegers beginnt**.<sup>167</sup>

Die Erwägung, dass der Anleger mit dem Zugang seines Beteiligungsangebots gemäß **§ 145 BGB** an dieses **gebunden** ist und er den Erwerb der Beteiligung nicht mehr einseitig verhindern kann, rechtfertigt es nach dem Dafürhalten des II. Zivilsenats nicht, die für den Verjährungseintritt maßgebliche Entstehung des Schadensersatzanspruchs auf den Zeitpunkt des Zugangs vorzuverlegen. Trotz der Bindung des Anlegers an seinen Antrag hängt das **Zustandekommen seines Beteiligungserwerbs** und die erst damit einhergehende objektive Veränderung seiner Vermögenslage immer noch von der **Annahme seines Angebots** ab. Auch wenn es sich um ein

---

<sup>164</sup> [II ZR 340/18](#) – juris.

<sup>165</sup> [XI ZR 372/18](#) – juris, Rn. 13 ff.

<sup>166</sup> BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 – [II ZR 340/18](#) – juris, Rn. 16 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>167</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 15, 19 ff.

Massengeschäft handeln und daher in der Regel mit einer Annahme des Angebots zu rechnen sein mag, ändert das nach Ansicht des Senats nichts daran, dass bis zu dieser Annahme nur eine – wenn auch gesteigerte – **Gefährdungslage** für die Vermögensinteressen des Anlegers besteht, die sich noch nicht in einer konkreten objektiven Verschlechterung realisiert hat.<sup>168</sup>

Davon ausgehend konnte der Senat im Streitfall weiter offen lassen, ob der Vertrag über die Beteiligung an der Fondsgesellschaft schon mit der **Annahme des Beitrittsangebots** zustande gekommen ist, d.h. ob ein **Zugang der Annahmeerklärung** beim Anleger ausnahmsweise **gemäß § 151 BGB entbehrlich** war.<sup>169</sup> Denn auch in diesem Fall war der Güteantrag des Klägers noch rechtzeitig gemäß §§ 188 Abs. 2, 187 Abs. 1 BGB am letzten Tag der zehnjährigen Verjährungsfrist eingereicht.<sup>170</sup>

Das Berufungsurteil konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte die Ansprüche des Anlegers noch als verjährt behandelt, weil es für den Beginn der Verjährung nach § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Zeichnung der Beteiligung verstanden als den Zeitpunkt abgestellt hatte, in dem die Beitrittserklärung des Anlegers der Fondsgesellschaft zugeht, und nicht erst den Zeitpunkt, in dem die Fondsgesellschaft seine Beitrittserklärung annimmt.

#### I)

Das Urteil des III. Zivilsenats vom 16. Mai 2019<sup>171</sup> behandelt Fragen zum Schadensersatz wegen behauptet **fehlerhafter Anlageberatung** im Zusammenhang mit dem Erwerb einer **Beteiligung an einem geschlossenen Lebensversicherungsfonds**.

---

<sup>168</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 21 f.

<sup>169</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 27.

<sup>170</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 28.

<sup>171</sup> [III ZR 176/18](#) – juris.

Bei der **Zuordnung eines Anlageprodukts zu einer Risikoklasse** (hier: „spekulativ“) handelt es sich nach Ansicht des Senats nicht um eine Rechtsfrage, sondern im Kern um eine **Tatsache**, die deshalb auch streitig oder **unstreitig** sein kann. Dass die Zuordnung von Wertungen abhängt und die Grenzen – sowohl für die Eingruppierung einzelner Anleger als auch die Verortung einzelner Anlagen – in vielen Fällen nicht immer trennscharf zu bestimmen sind, ändert daran nichts.<sup>172</sup> Deshalb konnte das Berufungsgericht mit **Tatbestandswirkung** feststellen, dass die betreffende Anlage **spekulativen Charakter** hatte und deshalb nur einem Anleger mit hoher Risikobereitschaft hätte empfohlen werden dürfen. Da die „Anlegermentalität/Anlagestrategie“ nach dem persönlichen Beraterbogen (nur) „risikobewusst (Erwartungen über Kapitalmarktniveau, gesteigerte Risikobereitschaft)“ war, nicht aber der Kategorie „spekulativ (hohe Ertragserwartung, hohe Risikobereitschaft)“ entsprach, stand für den Senat bindend fest, dass die empfohlene Beteiligung nicht mit der Anlegermentalität/Anlagestrategie und dem Anlageziel der Klägerin vereinbar war.<sup>173</sup>

Eine **anlegergerechte Beratung** lag daher nicht vor, weil es gerade die Aufgabe des Anlageberaters ist, ausschließlich Produkte zu empfehlen, die mit den **Anlagezielen** des Kunden – Anlagezweck und Risikobereitschaft – **tatsächlich übereinstimmen**. Erkundigt er sich nicht bereits vor seiner Anlageempfehlung nach der Risikobereitschaft des Kunden, so kann er seiner Pflicht zu einer anlegergerechten Empfehlung nur dadurch entsprechen, dass er sich noch vor der Anlageentscheidung seines Kunden die **Gewissheit verschafft**, dass dieser die **Risiken des Finanzprodukts in jeder Hinsicht verstanden** hat. Dies hat der Berater sicherzustellen. Andernfalls kann er nicht davon ausgehen, dass seine Empfehlung der Risikobereitschaft des Kunden entspricht.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> BGH, Urteil vom 16. Mai 2019 – a.a.O. – juris, Rn. 16.

<sup>173</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 17 f., Rn. 22.

<sup>174</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 21.

Diesen Anforderungen ist der Berater im Streitfall nach Ansicht des Senats nicht gerecht geworden. Allein aus der Behauptung, den Prospekt rechtzeitig übergeben zu haben, folgt für den Senat keine Gewissheit, dass die Klägerin die Risiken des Finanzprodukts in jeder Hinsicht verstanden hat. Außerdem war der Berater nach dem Dafürhalten des Senats gehalten, die Klägerin auf die Unvereinbarkeit seiner Empfehlung mit der schon abgefragten Anlegermentalität/Anlagestrategie hinzuweisen, damit die Klägerin frei entscheiden konnte, ob sie die Anlage trotzdem zeichnet. Daran fehlte es.<sup>175</sup>

Die Rüge, das Berufungsgericht habe den Berater zur **Kausalität der Pflichtverletzung** vernehmen müssen, hat der Senat zurückgewiesen, weil der zugrunde liegende Vortrag zu unkonkret war und der Beweis-antrag zu der **inneren Tatsache** der hypothetischen Entscheidung der Klägerin keinen schlüssigen Vortrag dazu enthielt, aufgrund welcher Umstände der Zeuge etwas hierzu aussagen kann.<sup>176</sup>

Die trichterlicher Würdigung, mit der das Berufungsgericht eine **grob fahrlässige Unkenntnis** der Klägerin und damit eine Verjährung (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) im Hinblick auf den angenommenen Beratungsfehler verneint hat, hat der Senat ebenfalls nicht beanstandet. Sie hatte sich gegenüber dem Berater als „**risikobewusst**“ eingeordnet, jedoch zugleich erklärt, ein **Totalverlustrisiko** nicht in Kauf nehmen zu wollen. Dass ihr der Widerspruch zwischen ihrer in dieser Hinsicht fehlenden Risikobereitschaft und einem in dem „Persönlichen Beraterbogen“ enthaltenen Hinweis auf ein solches Wagnis entgangen ist, hat der Senat nach den Umständen des Falles nur als **einfach fahrlässig** angesehen.<sup>177</sup>

Einen Anspruch auf **Erstattung entgangener Anlagezinsen** hat der Senat mit dem Berufungsgericht **verneint**. Zwar umfasst der Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung eines Beratungsvertrags

---

<sup>175</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 22.

<sup>176</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 24.

<sup>177</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 27.

nach § 252 Satz 1 BGB den **entgangenen Gewinn**, wozu grundsätzlich auch entgangene Anlagezinsen gehören. Die Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung i.S.v. § 252 BGB aufgrund einer zeitnahen **alternativen Investitionsentscheidung** des Geschädigten und deren Umfang kann jedoch nur anhand seines **Tatsachenvortrages** dazu beurteilt werden, für welche **konkrete Form der Kapitalanlage** er sich ohne das schädigende Ereignis entschieden hätte.<sup>178</sup> Im Streitfall hatte die Klägerin nicht hinreichend dargelegt, dass sie die Zeichnungssumme tatsächlich alternativ konservativ in **festverzinsliche Wertpapiere** oder auf einem Tagesgeldkonto angelegt hätte. Angesichts der von ihr im Beraterbogen erklärten Anlegermentalität/Anlagestrategie „risikobewusst“ wäre dies nach Ansicht des Senats auch nicht glaubhaft gewesen.<sup>179</sup> Dies führte zur Bestätigung des Berufungsurteils, das die Sach- und Rechtslage übereinstimmend beurteilt hatte.

#### **6.-9.**

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

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

#### **10.**

#### **Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts**

##### **a)**

In der oben bereits referierten Entscheidung vom 22. Januar 2019<sup>180</sup> hatte sich der II. Zivilsenat in prozessualer Hinsicht mit der Reichweite des im Vorlagebeschluss bezeichneten **Feststellungsziels im Kapitalanleger-Musterverfahren** zu befassen.

---

<sup>178</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 30.

<sup>179</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 31.

<sup>180</sup> [II ZB 18/17](#) – juris.

Im Ausgangspunkt ist die **Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis** des Oberlandesgerichts im Kapitalanleger-Musterverfahren durch das im **Vorlagebeschluss** bezeichnete Feststellungsziel begrenzt (§ 9 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und die Auslegung zur Reichweite des Feststellungsziels unterliegt der uneingeschränkten Nachprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren.<sup>181</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 KapMuG ist das Feststellungsziel die Summe sämtlicher begehrteter Feststellungen zu anspruchsbegründenden oder anspruchsausschließenden Voraussetzungen oder damit zusammenhängenden Rechtsfragen im Zusammenhang mit einer unrichtigen Kapitalmarktinformation.<sup>182</sup>

Obwohl nach dem Vorlagebeschluss die Feststellung der Prospektverantwortlichkeit der D. AG „**als Hintermann**“ nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne angestrebt wird, hat der Senat dies dahin ausgelegt, dass es allgemein um die **Feststellung der anspruchsbegründenden Voraussetzung der Prospektverantwortlichkeit** geht, die im Musterverfahren unabhängig von der im Vorlagebeschluss vorgenommenen **rechtlichen Einordnung** unter Berücksichtigung des maßgeblichen Streitstoffs vorgenommen werden soll. Diese Sicht entspricht nach Ansicht des Senats dem wohlverstandenen **Klärungsinteresse** im Kapitalanleger-Musterverfahren, denn auch in den diesem zugrundeliegenden Verfahren sind die Gerichte nicht an die rechtliche Einordnung des Lebenssachverhalts durch den jeweiligen Kläger gebunden. Das Kapitalanleger-Musterverfahren eröffnet zwar ausdrücklich auch die Klärung einer Rechtsfrage. Ein hierauf beschränktes Begehren ist nach dem Dafürhalten des Senats regelmäßig aber nur dann anzunehmen, wenn der Erfolg oder Misserfolg des Klagebegehrens von der Beantwortung der Rechtsfrage abhängig ist. Gerade dies wäre aber nicht der Fall, wenn die Prospektverantwortlichkeit der D. AG nur unter dem Gesichtspunkt geprüft würde, ob diese als sogenannter Hintermann anzusehen wäre.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> BGH, Beschluss vom 22. Januar 2019 – [II ZB 18/17](#) – juris, Rn. 14.

<sup>182</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 15.

<sup>183</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 16.

Das Oberlandesgericht durfte daher ohne Verstoß gegen die durch das Feststellungsziel gezogenen Grenzen die Feststellung treffen, die D. AG sei unter dem Gesichtspunkt einer **Garantenstellung** prospektverantwortlich.<sup>184</sup> In der Sache hat der Senat diese Feststellung allerdings kassiert, wie oben aufgezeigt wurde.

**b)**

In der einen Widerrufsfall betreffenden Entscheidung vom 19. Februar 2019<sup>185</sup> kam der Grundsatz zur Anwendung, wonach die Auslegung der Urteilsgründe eine **Beschränkung der Zulassung der Revision auf einzelne Prozessparteien** ergeben kann, sofern Grund der Zulassung eine bestimmte Rechtsfrage war, die das Berufungsgericht **zum Nachteil nur einer Prozesspartei entschieden** hat. Die Zulassung wirkt in diesem Fall nicht zugunsten der gegnerischen Partei, die das Urteil aus einem anderen Grund angreifen will.<sup>186</sup>

Das Berufungsgericht hatte die Revision in den Urteilsgründen ausdrücklich „im Hinblick [auf] die teilweise abweichende Entscheidung des KG Berlin [...] beschränkt zugelassen, soweit die Aufrechnung der Kläger mit einem nicht um **Kapitalertragsteuer** gekürzten Bruttobetrag gezogener Nutzungen im Streit“ ist. Damit hat es nach dem Dafürhalten des Senats **lediglich der Beklagten**, die das Bestehen einer zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung der Kläger in ungekürzter Höhe aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung i.V.m. § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB geleugnet hat, in Bezug auf einen Teil der aus dem Rückgewährschuldverhältnis nach Widerruf resultierenden Rechtsfolgen **den Weg in die Revisionsinstanz eröffnet**. Dass das Entstehen eines Rückgewährschuldverhältnisses aufgrund eines wirksamen Widerrufs Voraussetzung für das Entstehen von Ansprüchen beider Parteien war, verbindet die aus dem Rückgewährschuldverhältnis resultierenden Rechtsfragen nach Ansicht des Senats nicht in einer Weise, die die Be-

<sup>184</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 14.

<sup>185</sup> [XI ZR 362/17](#) – juris.

<sup>186</sup> BGH, Beschluss vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 362/17](#) – juris, Rn. 2.

schränkung der Zulassung zugunsten einer Partei und auf einen bestimmten Anspruch ausschloße.<sup>187</sup> Dies führte zur Verwerfung der Revision der Kläger als unzulässig.

c)

Die Entscheidung vom 02. April 2019<sup>188</sup> befasst sich mit den Anforderungen an eine **zulässige Berufungsbegründung** in einem **Widerrufsfall**.

Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsklägers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben. Dazu gehört eine **aus sich heraus verständliche Angabe**, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Der Berufungskläger hat deshalb diejenigen Punkte rechtlicher Art darzulegen, die er als unzutreffend ansieht, und dazu die Gründe anzugeben, aus denen er die Fehlerhaftigkeit jener Punkte und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleitet. Die Berufungsbegründung muss auf den **konkreten Streitfall zugeschnitten** sein. Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen.<sup>189</sup>

Diesen Anforderungen genügt die Berufungsbegründung nach der Beurteilung des Senats nicht, wenn sie lediglich geltend macht, das Landgericht sei „[r]echtsirrig [...] davon ausgegangen“, der Widerruf des Klägers sei **verfristet** gewesen, weil die Widerrufsbelehrungen der Beklagten hinreichend deutlich gewesen seien, und damit den **allein tragenden Begründungsansatz des Landgerichts verfehlt**, ein Widerruf sei – die Mangelhaftigkeit der Widerrufsbelehrungen unterstellt – nicht mehr in Betracht gekommen, weil die **Darlehensverträge zuvor vollständig been-**

<sup>187</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 3.

<sup>188</sup> [XI ZR 466/17](#) – juris.

<sup>189</sup> BGH, Urteil vom 02. April 2019 – [XI ZR 466/17](#) – juris, Rn. 13.

**det** worden seien. Sämtliche weiteren Erwägungen der Berufungsbegründung standen nach Ansicht des Senats in keinem Zusammenhang mit der vom Landgericht gegebenen tragenden Begründung für die Klagabweisung, sondern zielten allein auf einen Beleg der Behauptung, von einer **vom Landgericht gar nicht angenommenen Verwirkung** des Widerrufsrechts sei auch unter den Umständen des konkreten Falles nicht auszugehen. Demgegenüber hatte das Landgericht – anders als später der Senat<sup>190</sup> – die These vertreten, das Widerrufsrecht als besonders ausgestaltetes Rücktrittsrecht könne keine Anwendung mehr finden, wenn der „Vertrag bereits in anderer Weise in Wegfall gekommen“ sei.<sup>191</sup>

Auf die so begründete landgerichtliche Entscheidung antwortete die Berufungsbegründung nach dem Dafürhalten des Senats nicht hinreichend, und zwar auch nicht durch Bezugnahme auf die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats zum Fortbestand des Widerrufsrechts **trotz vorangegangener Kündigung**, weil auch dies in die Erwägung eingebettet war, die Beklagte habe kein Vertrauen in das Unterbleiben des Widerrufs bilden können.<sup>192</sup>

Dies führte zur Verwerfung der Berufung als **unzulässig** durch den Senat. Der Senat war damit strenger als das Berufungsgericht, das die Berufung noch als zulässig und mit dem Antrag, dass die Darlehensverträge „wirksam widerrufen“ worden seien, überdies als begründet angesehen hatte.

Karlsruhe, 01. Oktober 2019

Dr. Peter Rädler

Dr. Katja Lembach

---

<sup>190</sup> Senatsurteil vom 11. Oktober 2016 – [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 28.

<sup>191</sup> BGH, Urteil vom 02. April 2019 – a.a.O. – juris, Rn. 14 f.

<sup>192</sup> BGH, a.a.O. – juris, Rn. 16.