

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 1. Halbjahr 2021

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

Nachstehend haben wir für Sie die im 1. Halbjahr 2021 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst¹. Berücksichtigt sind die bis zum 20. Juli 2021 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 1. Halbjahr 2021 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:

- Die von einer Bank für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen vorgeformulierten Klauseln für künftige Änderungen der Geschäftsbedingungen und für die Änderungen von Entgelten für Bankleistungen

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

sind nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 27. April 2021 (– XI ZR 26/20 –) im Verkehr mit Verbrauchern unwirksam (Newsletter, S. 4 f.).

- Hat bei einem verbundenen Geschäft der Verbraucher den finanzierten Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten, führt die Rückwirkung der Anfechtung dazu, dass dem Anspruch des Darlehensgebers aus dem Finanzierungsdarlehen von Anfang an aus eine dauernde Einrede entgegenstand und der Verbraucher auch die vor der Anfechtungserklärung auf das Darlehen geleisteten Zahlungen vom Darlehensgeber zurückverlangen kann. Das hat der XI. Zivilsenat am 15. Juni 2021 (– XI ZR 568/19 –) entschieden (Newsletter, S. 9 f.).
- Wie der XI. Zivilsenat am 08. Juni 2021 (– XI ZR 165/20 –) im Zusammenhang mit einem Darlehenswiderruf entschieden hat, können ein Darlehensvertrag und ein Fahrzeugkaufvertrag auch im Fall einer Anschlussfinanzierung verbundene Geschäfte sein (Newsletter, S. 11 f.).
- Mit Urteil vom 17. November 2020 (– XI ZR 294/19 –) hat der XI. Zivilsenat zur Haftung des Zahlers im Falle der Ausführung eines Zahlungsvorgangs aufgrund einer gefälschten Faxanweisung durch den Zahlungsdienstleister Stellung genommen (Newsletter, S. 16 f.).
- Im Musterfeststellungsverfahren um den „Dritten Börsengang“ der Deutschen Telekom AG hat sich der XI. Zivilsenat am 15. Dezember 2020 (– XI ZB 24/16 –) mit dem Haftungsausschluss des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F., den diesbezüglichen Beweisanforderungen und der dortigen Kausalitätsvermutung befasst (Newsletter, S. 19 f.).

- Führt eine Pressemitteilung des Emittenten zu einer mitteilungs-
pflichtigen Insiderinformation, kann dies seine Haftung wegen un-
terlassener unverzüglicher Veröffentlichung von Insiderinformatio-
nen begründen. Ein Erwerb von Finanzinstrumenten liegt auch bei
der Zeichnung von Aktien aus einer Kapitalerhöhung vor. Darauf
hat der II. Zivilsenat am 17. Dezember 2020 (– II ZB 31/14 –) im
Kapitalanleger-Musterverfahren zur Verletzung kapitalmarktrechtl-
cher Informationspflichten durch die ehemalige Hypo Real Estate
Holding AG erkannt (Newsletter, S. 26 f.).

- Mit der Angabe von Verflechtungstatbeständen im Sinne von § 7
Abs. 2, § 12 Abs. 1, 2 und 4 VermVerkProspV in der bis zum
31. Mai 2012 geltenden Fassung befasst sich ein Beschluss des
XI. Zivilsenats vom 12. Januar 2021 (– XI ZB 18/17 –) (Newsletter,
S. 35 f.).

- Nach einem Beschluss des XI. Zivilsenats vom 19. Januar 2021 (–
XI ZB 35/18 –) schließt die spezialgesetzliche Prospekthaftung ge-
mäß den § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG in der bis zum 31. Mai
2012 geltenden Fassung in ihrem Anwendungsbereich eine Haf-
tung der Gründungsgesellschafter als Prospektveranlasser unter
dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der
Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden
Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 280
Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB aus (Newsletter, S. 38 f.).

- Ein Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung erfüllt nicht Voraus-
setzungen an eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe bei
Nutzungsverträgen. Ein Widerrufsrecht des Leasingnehmers nach
§§ 495, 355 BGB besteht demnach bei solchen Leasingverträgen
nicht. Das hat der VIII. Zivilsenat am 24. Februar 2021 (– VIII ZR
36/20 –) entschieden (Newsletter, S. 59 f.).

- Zudem hatte der Bundesgerichtshof im Berichtszeitraum erneut Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu prozessrechtlichen Aspekten des Kapitalanleger-Musterverfahrens fortzuführen. So hat etwa der XI. Zivilsenat in seinem Urteil vom 17. November 2020 (– XI ZR 171/19 –) die Anforderungen geklärt die die Mitglieder einer qualifizierten Einrichtung nach § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ZPO erfüllen müssen und die eine qualifizierte Einrichtung nach § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ZPO erfüllen muss (Newsletter, S. 65 f.).

1.

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

a)

Die von einer Bank für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen **vorformulierten Klauseln**

a) „Künftige Änderungen dieser Geschäftsbedingungen und der besonderen Bedingungen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens in Textform angeboten.

Hat der Kunde mit der Bank im Rahmen der Geschäftsbeziehung einen elektronischen Kommunikationsweg vereinbart (z.B. [...] Online-Banking), können die Änderungen auch auf diesem Wege angeboten werden. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn er seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen angezeigt hat. Auf diese Genehmigungswirkung wird ihn die Bank in ihrem Angebot besonders hinweisen.

Werden dem Kunden Änderungen von Bedingungen zu Zahlungsdiensten (z. B. Überweisungsbedingungen) angeboten, kann er den von der Änderung betroffenen Zahlungsdienstvertragsvertrag vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen auch fristlos und kostenfrei kündigen. Auf dieses Kündigungsrecht wird ihn die Bank in ihrem Angebot besonders hinweisen.“

b) „Änderungen von Entgelten für Bankleistungen, die von Kunden im Rahmen der Geschäftsverbindung typischerweise dauerhaft in Anspruch genommen werden (zum Beispiel Konto- und Depotführung), werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens in Textform angeboten.

Hat der Kunde mit der Bank im Rahmen der Geschäftsbeziehung einen elektronischen Kommunikationsweg vereinbart (z.B. das Online-Banking), können die Änderungen auch auf diesem Wege angeboten werden. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn er seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung angezeigt hat. Auf diese Genehmigungswirkung wird ihn die Bank in ihrem Angebot besonders hinweisen. Werden dem Kunden die Änderungen angeboten, kann er den von der Änderung betroffenen Vertrag vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen auch fristlos und kostenfrei kündigen. Auf dieses Kündigungsrecht wird ihn die Bank in ihrem Angebot besonders hinweisen. Kündigt der Kunde, wird das geänderte Entgelt für die gekündigte Geschäftsbeziehung nicht zugrunde gelegt.

Die vorstehende Vereinbarung gilt gegenüber Verbrauchern nur dann, wenn die Bank Entgelte für die Hauptleistungen ändern will, die vom Verbraucher im Rahmen der Geschäftsverbindung typischerweise dauerhaft in Anspruch genommen werden. Eine Vereinbarung über die Änderung eines Entgelts, das auf eine über die Hauptleistung hinausgehende Zahlung des Verbrauchers gerichtet ist, kann die Bank mit dem Verbraucher nur ausdrücklich vereinbaren.“

sind nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 27. April 2021² im Verkehr mit **Verbrauchern** gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB **unwirksam**.

Die genannten Klauseln unterliegen der **Inhaltskontrolle**. Insbesondere ist **§ 675g Abs. 2 Satz 1 BGB** so auszulegen, dass er einer Überprüfung von auf seiner Grundlage erlassenen Klauseln anhand der §§ 307 ff. BGB nicht entgegensteht. Aus § 675g Abs. 2 Satz 1 BGB, der sich darauf beschränkt, die Möglichkeit zu eröffnen, **Vertragsänderungen mittels**

² BGH, Urteil vom 27. April 2021 – [XI ZR 26/20](#) – juris.

einer fingierten Zustimmung des Verbrauchers nach näheren Kautelen zu ermöglichen, ergibt sich nicht, dass solche Vereinbarungen, soweit sie nur den formalen Anforderungen entsprechen, **ohne weiteres wirksam** sein sollen.³

Die Klausel a), die nicht nur Anpassungen von einzelnen Details der vertraglichen Beziehungen der Parteien mittels einer fingierten Zustimmung des Kunden, sondern **ohne inhaltliche oder gegenständliche Beschränkung jede vertragliche Änderungsvereinbarung** betrifft,⁴ hält nach der Beurteilung des Senats einer Inhaltskontrolle anhand des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand.⁵ Sie weicht von wesentlichen Grundgedanken der § 305 Abs. 2, § 311 Abs. 1, §§ 145 ff. BGB ab, indem sie das **Schweigen** des Verwendungsgegners als **Annahme** eines Vertragsänderungsantrags qualifiziert.⁶ Dies benachteiligt die Kunden der Beklagten nach Ansicht des Senats unangemessen.⁷ Die dafür streitende Vermutung hat die Beklagte nach dem Dafürhalten des Senats nicht widerlegt. Vielmehr läuft die Klausel seiner Ansicht nach gerade gegenüber ungewandten Verbrauchern tatsächlich auf eine **einseitige, inhaltlich nicht eingegrenzte Änderungsbefugnis** der Beklagten hinaus.⁸

Bankbetriebswirtschaftliche Erwägungen vermögen die einschränkungslose Regelung von Änderungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen mittels Zustimmungsfiktion im Falle einer fehlenden fristgerechten Ablehnung nach der Beurteilung des Senats nicht zu rechtfertigen. Dem legitimen organisatorischen Bedürfnis des Unternehmers nach einer einfachen Vertragsabwicklung kann seiner Ansicht nach durch eine **einschränkend-konkretisierende Formulierung** der Klausel Rechnung getragen werden.⁹

³ a.a.O., Rn. 15 ff.

⁴ a.a.O., Rn. 20.

⁵ a.a.O., Rn. 21 ff.

⁶ a.a.O., Rn. 22.

⁷ a.a.O., Rn. 23 ff.

⁸ a.a.O., Rn. 26.

⁹ a.a.O., Rn. 31 f.

Auch die **Preisanpassungsklausel** (Klausel b) hat der Senat verworfen. Die Klausel betrifft **Entgelte für Hauptleistungen**. Damit benachteiligt die Klausel auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass keine einseitige Anpassungsbefugnis der Beklagten besteht, sondern Änderungen des Vertragsverhältnisses nur im Wege eines gegebenenfalls fingierten Konsenses zustande kommen sollen, die Kunden der Beklagten nach Ansicht des Senats unangemessen. Mittels Zustimmungsfiktion kann die vom Kunden geschuldete Hauptleistung geändert werden, ohne dass dafür Einschränkungen vorgesehen sind. Die Beklagte erhält damit eine Handhabe, das **Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung erheblich zu ihren Gunsten zu verschieben** und damit die Position ihres Vertragspartners zu entwerten. Für solche weitreichenden, die Grundlagen der rechtlichen Beziehungen der Parteien betreffenden Änderungen ist ein den Erfordernissen der § 305 Abs. 2, § 311 Abs. 1, §§ 145 ff. BGB genügender **Änderungsvertrag notwendig**. Eine Zustimmungsfiktion im Falle einer fehlenden fristgerechten Ablehnung reicht hierfür unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Verwendungsgegners nach dem Dafürhalten des Senats nicht aus.¹⁰

Damit hatte die **Unterlassungsklage des Bundesverbands der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände** vor dem Senat Erfolg. Das Berufungsgericht hatte die Klage noch mit der Erwägung abgewiesen, die vom Kläger beanstandeten Klauseln seien gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen, weil ihr Inhalt mit den in § 675g Abs. 1 und 2 BGB enthaltenen Regelungen wenn auch nicht wortwörtlich, so jedoch sinngemäß übereinstimme. Dem ist der Senat entgegengetreten.

b)

Die in den **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** einer Sparkasse enthaltene Bestimmung

¹⁰ a.a.O., Rn. 38.

„5. Nichtabnahmeentschädigung

-
- Bearbeitungspreis für die Berechnung der Nichtabnahmeentschädigung, es sei denn, der Kunde weist nach, dass kein oder ein geringerer Schaden/Aufwand entstanden ist“ 50,00 EUR

hält der Inhaltskontrolle nach §§ 307, 309 Nr. 5 BGB stand. Das hat der XI. Zivilsenat am 08. Juni 2021¹¹ entschieden.

Die angegriffene Klausel ist nach Ansicht des Senats dahin auszulegen, dass sie (nur) die Höhe der Kosten der Berechnung der Nichtabnahmeentschädigung als **Teil eines Schadensersatzanspruchs** der Beklagten gegen ihren Kunden im Falle der Nichtabnahme eines Darlehens gemäß § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB regelt, indem sie diese (einzelne) **Schadensposition pauschaliert**.¹² Die Klausel unterliegt damit der **Inhaltskontrolle**,¹³ hält dieser aber stand.

Die **Angemessenheit** der in der angegriffenen Klausel geregelten Schadenspauschale (§ 309 Nr. 5 Buchst. a BGB) war vom Kläger auf der Grundlage der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme im Berufungsverfahren nicht mehr angegriffen worden; der angesetzte Wert kann nach Ansicht des Senats auch nicht als ungewöhnlich hoch angesehen werden.¹⁴ Die Klausel genügt ferner den Anforderungen des § 309 Nr. 5 Buchst. b BGB, weil sie dem Kunden ausdrücklich den **Nachweis gestattet**, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder geringer als die Pauschale.¹⁵

Die Klausel ist auch nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB unwirksam, was trotz Konformität mit § 309 Nr. 5 BGB der Fall sein kann,

¹¹ BGH, Urteil vom 8. Juni 2021 – [XI ZR 356/20](#) – juris.

¹² a.a.O., Rn. 13.

¹³ a.a.O., Rn. 16.

¹⁴ a.a.O., Rn. 19..

¹⁵ a.a.O., Rn. 20.

wenn etwa die Voraussetzungen, unter denen der Pauschalbetrag zu zahlen ist, vom dispositiven Recht ohne sachlich gerechtfertigten Grund abweichen. So liegt es hier nach der Beurteilung des Senats aber nicht, weil die Klausel lediglich die Höhe des mit der Berechnung der Nichtabnahmeentschädigung verbundenen Verwaltungsaufwands pauschaliert, dagegen **keine Regelungen zu den Anspruchsvoraussetzungen** enthält.¹⁶

Die beanstandete Klausel wurde damit in allen Instanzen als wirksam angesehen. Die Unterlassungsklage des Bundesverbands der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände blieb ohne Erfolg.

2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

a)

Hat bei einem **verbundenen Geschäft (§ 358 Abs. 3 BGB)** der Verbraucher den finanzierten Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten, führt die **Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB)** dazu, dass dem Anspruch des Darlehensgebers aus dem Finanzierungsdarlehen von Anfang an aus § 359 Abs. 1 Satz 1 BGB eine dauernde Einrede i.S. von § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegenstand und der Verbraucher auch die **vor der Anfechtungserklärung** auf das Darlehen geleisteten **Zahlungen** gemäß § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB vom Darlehensgeber **zurückverlangen** kann. Das hat der XI. Zivilsenat am 15. Juni 2021¹⁷ ausgesprochen und damit einen Meinungsstreit in der Literatur entschieden.

¹⁶ a.a.O., Rn. 22 f.

¹⁷ BGH, Urteil vom 15. Juni 2021 – [XI ZR 568/19](#) – juris.

Nach Ansicht des Senats kann der Verbraucher nach Anfechtung des finanzierten Vertrags die **zuvor auf das Darlehen erbrachten Leistungen** nach § 813 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB von dem Darlehensgeber zurückverlangen. Zwar begründet § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB nach seinem Wortlaut nur dann einen **Rückforderungsanspruch**, wenn der Leistende bereits **zum Zeitpunkt der Leistung** dauerhaft berechtigt war, diese endgültig zu verweigern. Dies ist aber nicht nur bei anfänglicher Nichtigkeit des finanzierten Vertrags der Fall, wenn der Verbraucher die rechtshindernde Einwendung aus dem Vertragsverhältnis mit dem Verkäufer nach § 359 Satz 1 BGB a.F. bzw. § 359 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Darlehensgeber entgegenhalten und deshalb die Rückzahlung des Darlehens verweigern kann, sondern nach der Rechtsauffassung des Senats auch dann, wenn der finanzierte Vertrag von dem Verbraucher **gemäß § 123 Abs. 1 BGB angefochten** worden ist. Denn die Anfechtung hat gemäß § 142 Abs. 1 BGB zur Folge, dass der Vertrag als **von Anfang an nichtig** anzusehen ist, und diese rückwirkende Vernichtung des angefochtenen Rechtsgeschäfts wirkt **absolut**, also nicht nur im Verhältnis zwischen Anfechtendem und Anfechtungsgegner. Daraus leitet der Senat ab, dass nach Erklärung der Anfechtung durch den Käufer und Darlehensnehmer in seinem Verhältnis zum Darlehensgeber davon auszugehen ist, dass der Verbraucher bereits bei zuvor erbrachten Leistungen berechtigt war, wegen der Nichtigkeit des finanzierten Vertrags gemäß § 359 Satz 1 BGB a.F. bzw. § 359 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber dem Darlehensgeber die Rückzahlung des Darlehens zu verweigern.¹⁸

Der auf Rückzahlung eines restlichen **Kfz-Darlehens** in Anspruch genommene Käufer konnte daher der (Saldo-) Forderung der Klägerin nach Kündigung des Darlehensvertrags entgegenhalten, dass er den mit der Streithelferin, einer VW-Vertragshändlerin, geschlossenen Kaufvertrag wirksam angefochten hatte. Gebilligt hat der Senat auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Streithelferin habe den Kläger über das

¹⁸ a.a.O., Rn. 46 ff.

Produktionsjahr des angeblichen **Neuwagens mit Tageszulassung** arglistig getäuscht, weil es, anders als konkludent erklärt, **länger als zwölf Monate** vor dem Vertragsschluss hergestellt wurde.¹⁹ Dies führte zur Bestätigung des Urteils des Berufungsgerichts, das ebenfalls einen Zahlungsanspruch der Klägerin aus dem Darlehensvertrag verneint hatte.

b)

Ein **Darlehensvertrag** und ein **Fahrzeugkaufvertrag** können auch im Fall einer **Anschlussfinanzierung verbundene Geschäfte** sein. Das hat der XI. Zivilsenat am 08. Juni 2021²⁰ im Zusammenhang mit einem Darlehenswiderruf entschieden.

Der Annahme eines Verbundgeschäftes steht es nach Ansicht des Senats nicht entgegen, dass der Darlehensvertrag ein **Folgevertrag** zu dem ursprünglichen (verbundenen) Darlehensvertrag ist, mit dem die fällige **Schlussrate** des ursprünglichen Darlehens abgelöst wurde.²¹ Auch das Folgedarlehen dient nach dem Dafürhalten des Senats der Tilgung des nach dem **Leistungsgeschäft** geschuldeten Restentgelts, weil der Kunde dadurch das finanzierte Fahrzeug behalten darf. Das **Aufspaltungsrisiko**, vor dem § 358 BGB den Verbraucher schützen will, sieht der Senat in dieser Konstellation ebenfalls gegeben.²² Für die Annahme der **wirtschaftlichen Einheit** zwischen dem Folgedarlehenvertrag und dem Kaufvertrag genügt dem Senat der Umstand, dass sich die Darlehensgeberin sowohl bei der Vorbereitung als auch beim Abschluss des Folgedarlehens der Mitwirkung des **Autohändlers als Darlehensvermittler** bedient hat, § 358 Abs. 3 Satz 2 BGB.²³

¹⁹ a.a.O., Rn. 20 ff.

²⁰ BGH, Urteil vom 8. Juni 2021 – [XI ZR 165/20](#) – juris.

²¹ a.a.O., Rn. 15.

²² a.a.O., Rn. 15.

²³ a.a.O., Rn. 16.

Damit war die dem Kläger erteilte **Widerrufsinformation fehlerhaft**, weil die Beklagte den Kläger bei Abschluss des Folgedarlehensvertrags entgegen Art. 247 § 12 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b EGBGB nicht über die sich aus den §§ 358, 359 BGB ergebenden Rechte und über die Bedingungen für die Ausübung dieser Rechte informiert hat.²⁴ Der Senat konnte daher nicht ausschließen, dass der Kläger den Folgevertrag, einen Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag, wirksam **widerrufen** hat, wie er mit seiner auf Nutzungersatz und Feststellung gerichteten Klage geltend macht. Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, der in 2016 abgeschlossene Darlehensvertrag und der im Jahr 2013 abgeschlossene Pkw-Kaufvertrag seien keine verbundenen Verträge, weil das im Jahr 2016 neu eingeräumte Kapitalnutzungsrecht nicht mehr der Durchführung des längst abgeschlossenen Beschaffungsvertrags gedient habe. Dieser Beurteilung ist der Senat nicht gefolgt.

c)

Auch sonst hatte der XI. Zivilsenat im Berichtszeitraum abermals Gelegenheit, seine Rechtsprechung betreffend den **Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen** fortzuführen.²⁵

aa)

Mit dem Widerruf von mit dem **Erwerb von Kraftfahrzeugen verbundenen Darlehen** beschäftigen sich die Urteile vom 23. Februar 2021, 30. März 2021, 11. Mai 2021, 01. Juni 2021 und 15. Juni 2021²⁶.

²⁴ a.a.O., Rn. 12.

²⁵ vgl. zu den in Deutschland üblichen Allgemeinen Darlehensbedingungen jüngst das von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abweichende Urteil des EuGH vom 09. September 2021 – [C-33/20](#) u.a. – juris.

²⁶ BGH, Urteile vom 23. Februar 2021 – [XI ZR 73/20](#); vom 30. März 2021 – [XI ZR 142/20](#); – [XI ZR 193/20](#); – [XI ZR 75/20](#); vom 11. Mai 2021 – [XI ZR 36/20](#); vom 01. Juni 2021 – [XI ZR 149/20](#); vom 15. Juni 2021 – [XI ZR 365/20](#); – [XI ZR 376/20](#) – jeweils juris.

Wie der Senat bestätigt, ist die dem Verbraucher erteilte Widerrufsinformation **fehlerhaft**, weil die in ihr enthaltene Verweisung auf „**alle Pflichtangaben nach § 492 Absatz 2 BGB**“ zwar nach den Maßstäben des nationalen Rechts klar und verständlich i.S.d. Art. 247 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ist, dies aber im Geltungsbereich der Richtlinie 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge in Bezug auf Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge bei einer richtlinienkonformen Auslegung gleichwohl zu verneinen ist.²⁷

Auf die **Gesetzlichkeitsfiktion** des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB kann sich der Darlehensgeber nur berufen, wenn die Widerrufsinformation dem Muster in Anlage 7 zu Art. 247 § 6 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 EGBGB entspricht. Dies hat der Senat in allen angesprochenen Fällen aus im Detail verschiedenen Gründen verneint.

So war etwa in der Widerrufsinformation bei der Unterüberschrift „**Besonderheiten bei weiteren Verträgen**“ als mit dem Darlehensvertrag verbundenen Vertrag nicht nur der Fahrzeugkaufvertrag, sondern – zu Unrecht – auch ein **Vertrag über eine Restschuldversicherung** angegeben. Einen solchen, ihm bei den Vertragsverhandlungen allerdings angetragenen Vertrag hatte der Kläger nicht abgeschlossen. Nach dem Wortlaut des Gestaltungshinweises 2a zu dem Muster in Anlage 7 zu Art. 247 § 6 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 EGBGB hat der Darlehensgeber aber nur den von dem Darlehensnehmer **konkret abgeschlossenen**, mit dem Darlehensvertrag verbundenen weiteren Vertrag anzugeben. Dies entspricht nach dem Verständnis des Senats auch dem sich aus den Gesetzmaterialein ergebenden Willen des Gesetzgebers, wonach der verbundene Vertrag im Mustertext hinreichend konkret anzugeben ist und die Gestaltungshinweise stets an **den jeweiligen Einzelfall angepasst** werden müssen. Die Gesetzlichkeitsfiktion soll nur eintreten, wenn der

²⁷ BGH, Urteile vom 23. Februar 2021 – [XI ZR 73/20](#) – juris, Rn. 13; vom 30. März 2021 – [XI ZR 142/20](#) – juris, Rn. 12.

Darlehensgeber das Muster **richtig ausfüllt** und wie für den betreffenden Vertrag vorgegeben verwendet.²⁸

Seite 14 von 72

In einem anderen Fall war in der Widerrufsinformation zu Unrecht ein „**GAP-Plus-Versicherungsvertrag**“ angegeben, den der Kläger nicht abgeschlossen hatte. Dass die Beklagte in die Widerrufsinformation den Zusatz „– **soweit abgeschlossen** –“ eingefügt hat, nützte nichts, denn dies lässt nach Ansicht des Senats anders als bei Ankreuzoptionen **nicht erkennen, was im konkreten Fall gilt**.²⁹ Ebenso hat der Senat für den Zusatz „**ggf.**“ entschieden, denn auch hierbei **obliegt dem Verbraucher die Beurteilung**, ob er einen oder mehrere der aufgeführten Verträge abgeschlossen hat oder nicht. Diese Bewertung ist indes Aufgabe des Darlehensgebers.³⁰

In weiteren Fällen fehlen entgegen den bei einem mit einem Darlehensvertrag verbundenen Vertrag nach § 358 BGB – von der Beklagten zutreffend mit dem Fahrzeug-Kaufvertrag angegeben – anwendbaren Gestaltungshinweisen 2 und 6 die beiden **zwingend vorgeschriebenen Unterüberschriften** „Besonderheiten bei weiteren Verträgen“ sowie die nach Gestaltungshinweis 6g zwingend vorgeschriebene Überschrift „Einwendungen bei verbundenen Verträgen“. Auch in dieser Form entspricht die Widerrufsinformation nicht dem Muster in Anlage 7 zu Art. 247 § 6 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 EGBGB a.F..³¹

Dies führte jeweils zur Aufhebung und Zurückverweisung zur Klärung des aus Sicht des Senats grundsätzlich möglichen Rechtsmissbrauchseinwands und gegebenenfalls zur Klärung der Rechtsfolgen des Widerrufs.

²⁸ BGH, Urteile vom 23. Februar 2021 – [XI ZR 73/20](#) – juris, Rn. 15 f.; vom 01. Juni 2021 – [XI ZR 149/20](#) – juris, Rn. 13 jeweils mit Bezug auf Senatsurteil vom 27. Oktober 2020 – [XI ZR 498/19](#) – juris, Rn. 19; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

²⁹ BGH, Urteil vom 11. Mai 2021 – [XI ZR 36/20](#) – juris, Rn. 12 f.

³⁰ BGH, Urteil vom 15. Juni 2021 – [XI ZR 376/20](#) – juris, Rn. 14.

³¹ BGH, Urteile vom 30. März 2021 – [XI ZR 142/20](#) – juris, Rn. 14; – [XI ZR 193/20](#) – juris, Rn. 14; – [XI ZR 75/20](#) – juris, Rn. 14; vom 15. Juni 2021 – [XI ZR 365/20](#) – juris, Rn. 13 jeweils mit Bezug auf Senatsurteil vom 10. November 2020 – [XI ZR 426/19](#) – juris, Rn. 19; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

Insoweit bekräftigt der Senat, dass der Zahlungsanspruch wegen der **Vorleistungspflicht** des Fahrzeugkäufers (§ 358 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 357 Abs. 4 Satz 1 BGB) derzeit unbegründet ist. Insoweit verhilft es dem Kläger nach der Rechtsprechung des Senats nicht zum Erfolg, dass er Zahlung „nach“ **Herausgabe** des Fahrzeugs begehrt. Dies setzt in entsprechender Anwendung des § 322 Abs. 2 BGB voraus, dass die Beklagte mit der Entgegennahme des Fahrzeugs im **Verzug der Annahme** ist, was der Senat jeweils verneint.³²

Die **Aussetzung** der Verfahren bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über diverse **Vorabentscheidungsersuchen** des Einzelrichters des Landgerichts Ravensburg hat der Senat³³ weiterhin abgelehnt, weil die dort aufgeworfenen Fragen bereits beantwortet seien.³⁴

bb)

Mit seinem die Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde betreffenden Beschluss vom 02. Februar 2021 bestätigt der Senat im Hinblick auf die **Rechtsfolgen des Widerrufs** seine ständige Rechtsprechung, nach der der Darlehensnehmer im Falle des Widerrufs eines – hier im Jahr 2008 im Wege des Fernabsatzes geschlossenen – Verbraucherdarlehensvertrags nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung in Verbindung mit § 346 Abs. 2 BGB auch für die **nach dem Wirksamwerden des Widerrufs** weiter überlassene Darle-

³² BGH, Urteile vom 23. Februar 2021 – [XI ZR 73/20](#) – juris, Rn. 23; vom 30. März 2021 – [XI ZR 193/20](#) – juris, Rn. 16; vom 01. Juni 2021 – [XI ZR 149/20](#) – juris, Rn. 20 jeweils mit Bezug auf Senatsurteil vom 27. Oktober 2020 – [XI ZR 498/19](#) – juris, Rn. 29; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

³³ BGH, Urteile vom 23. Februar 2021 – [XI ZR 73/20](#) – juris, Rn. 24.; vom 30. März 2021 – [XI ZR 142/20](#) – juris, Rn. 19; – [XI ZR 193/20](#) – juris, Rn. 21; – [XI ZR 75/20](#) – juris, Rn. 19; vom 01. Juni 2021 – [XI ZR 149/20](#) – juris, Rn. 21; vom 15. Juni 2021 – [XI ZR 365/20](#) – juris, Rn. 22 jeweils mit Bezug auf Senatsurteil vom 27. Oktober 2020 – [XI ZR 498/19](#) – juris, Rn. 39; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

³⁴ vgl. jetzt aber auf die Vorlagebeschlüsse des LG Ravensburg: EuGH, Urteil vom 09. September 2021 – C-33/20 u.a. – juris.

hensvaluta grundsätzlich **Wertersatz in Höhe des Vertragszinses** schuldet.³⁵

Seite 16 von 72

Der Senat lehnt eine Vorlage dieser Frage an den EuGH ab. Er sieht seine Rechtsprechung durch dessen Urteil vom 4. Juni 2020 in der Sache „**Leonhard**“³⁶ bestätigt, wonach der Verbraucher im Falle des Widerrufs eines Fernabsatzvertrags über eine Finanzdienstleistung gemäß Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2002/65/EG einen **Betrag „im Rahmen der tatsächlich erbrachten Dienstleistung“ schulde**. Eine Differenzierung bei der Anwendung des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2002/65/EG auf die **vor und nach dem Widerruf** zur Verfügung gestellte bzw. weiter überlassene Darlehensvaluta hat der Gerichtshof, vor allem aber der deutsche Gesetzgeber nach Ansicht des Senats nicht getroffen.³⁷

3. Zahlungsverkehr, insbesondere
a) Überweisungs-, Lastschrift-, Wechsel- und Scheckverkehr,
b) EC-Karte und Electronic-/Internet-Banking,
c) Kreditkartengeschäft

Mit Urteil vom 17. November 2020³⁸ hatte der XI. Zivilsenat vor dem Hintergrund der Regelung des **§ 675v Abs. 2 BGB in der Fassung vom 29. Juli 2009** Gelegenheit, zur **Haftung des Zahlers** im Falle der **Ausführung eines Zahlungsvorgangs aufgrund einer gefälschten Faxanweisung** durch den Zahlungsdienstleister Stellung zu nehmen.

Im Falle eines **nicht autorisierten Zahlungsvorgangs**, der zur Belastung des Zahlungskontos des Zahlers geführt hat, ist der Zahlungsdienstleister nach § 675u Satz 1 und 2 Halbsatz 2 BGB verpflichtet, das Zahlungskonto

³⁵ BGH, Beschluss vom 02. Februar 2021 – [XI ZR 393/20](#) – juris mit Bezug auf Senatsurteile vom 12. März 2019 – [XI ZR 9/17](#) – juris, Rn. 18; vom 8. Oktober 2019 – [XI ZR 717/17](#) – juris, Rn. 18; Senatsbeschluss vom 19. Februar 2019 – [XI ZR 362/17](#) – juris, Rn. 6; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019 und II/2019.

³⁶ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2020 – C-301/18, „Leonhard“ – juris, Rn. 32 und 37

³⁷ BGH, Beschluss vom 02. Februar 2021 – [XI ZR 393/20](#) – juris.

³⁸ BGH, Urteil vom 17. November 2020 – [XI ZR 294/19](#) – juris.

wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte.³⁹ Ein Zahlungsvorgang ist autorisiert und **dem Zahler gegenüber wirksam**, wenn der Zahler dem Zahlungsvorgang **zugestimmt** hat, § 675j Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Zustimmung nach § 675j Abs. 1 Satz 1 BGB muss tatsächlich vom Zahler stammen. Die Erklärung eines nicht vertretungsberechtigten Dritten kann dem Zahler nicht nach Rechtscheingrundsätzen zugerechnet werden, weil die Regelungen in § 675j Abs. 1, § 675u Satz 1 BGB abschließend sind. **Art und Weise der Zustimmung** sind zwischen dem Zahler und dem Zahlungsdienstleister zu **vereinbaren**, § 675j Abs. 1 Satz 3 BGB.⁴⁰

Gleichwohl können nach dem Dafürhalten des Senats **Schadensersatzansprüche des Zahlungsdienstleisters** gegen den Zahler **bei fehlender Autorisierung** bestehen, selbst wenn sie wirtschaftlich vollständig an die Stelle des nach § 675u Satz 1 BGB entfallenden Aufwendungsersatzanspruchs treten.⁴¹ Besteht ein solcher Schadensersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters, kann in Höhe des Anspruchs eine **Gutschrift** nach § 675u Satz 2 BGB gemäß den Grundsätzen von **Treu und Glauben verweigert** werden.⁴²

Nach § 675v Abs. 2 BGB a.F. (jetzt weitgehend übereinstimmend mit § 675v Abs. 3 BGB) ist der Zahler seinem Zahlungsdienstleister u.a. dann zum Ersatz des gesamten, infolge eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs entstanden Schadens verpflichtet, wenn er ihn durch **vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung** einer oder mehrerer **vereinbarter Bedingungen** für die Ausgabe und Nutzung des **Zahlungsauthentifizierungsinstruments** (jetziger Gesetzeswortlaut: Zahlungsinstruments) herbeigeführt hat. Die vereinbarten Nutzungsbedingungen können auch von einem **Erfüllungsgehilfen** des Zahlers verletzt werden. Weil § 675v

³⁹ a.a.O., Rn. 12.

⁴⁰ a.a.O., Rn. 13.

⁴¹ a.a.O., Rn. 24.

⁴² a.a.O., Rn. 25.

Abs. 2 BGB a.F. qualifizierte Anforderungen an die Haftung des Zahlers stellt, steht einer **Zurechnung dessen Handelns nach § 278 BGB** nach Ansicht des Senats nicht entgegen, dass die Regelung des § 675u Satz 2 BGB nicht mittels der Grundsätze über die Rechtsscheinhaftung überspielt werden kann.⁴³

§ 675v Abs. 2 BGB a.F. ist, wie der Senat unionsrechtlichen Vorgaben entnimmt, dahin auszulegen, dass die Vorschrift auch auf eine **Autorisierung durch Faxanweisung** Anwendung findet und in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht die Haftung des Zahlungsdienstnutzers insoweit **abschließend** regelt. Dass der deutsche Gesetzgeber bei Schaffung des § 675v Abs. 2 BGB a.F. insofern von der Terminologie der Richtlinie 2007/64/EG abwich, als er den Begriff des „**Zahlungsinstruments**“ durch den Begriff des „**Zahlungsauthentifizierungsinstruments**“ ersetzte, hindert den Senat nicht, die **beleghafte Überweisung** als ein Zahlungsauthentifizierungsinstrument im Sinne des deutschen Rechts anzusehen.⁴⁴

Dies führte im Streitfall zur Annahme einer vollen Haftung des Zahlers für die nicht autorisierte Überweisung. Die Klägerin, eine unternehmerisch tätige GmbH, nutzte vereinbarungsgemäß **Faxanweisungen** zum Zwecke der Autorisierung von Zahlungsanweisungen. Vereinbarungsgemäß musste die Faxanweisung von **zwei Unterschriftenbevollmächtigten** unterzeichnet sein. Unterschriftenbevollmächtigte waren der **Geschäftsführer der Klägerin** und deren **Leiterin der Finanzbuchhaltung**, die nur mit einem zweiten Kontobevollmächtigten Verfügungen über das Gehaltskonto treffen durfte. Im Dezember 2015 führte die Beklagte Zahlungsvorgänge auf der Grundlage zweier Faxanweisungen aus, die die Originalunterschrift der Leiterin der Finanzbuchhaltung und den **elektronisch erzeugten Namenszug des Geschäftsführers** der Klägerin trugen. Nach dem Vortrag der Klägerin war der Leiterin der Finanzbuchhaltung „eine unmittelbar bevorstehende Unternehmensakquisition“ und ein E-Mail-Verkehr

⁴³ a.a.O., Rn. 47.

⁴⁴ a.a.O., Rn. 37 ff.

mit dem Geschäftsführer der Klägerin vorgespiegelt worden. Sie war durch **Täuschung** dazu gebracht worden, die von ihr elektronisch an einen vermeintlich Berechtigten übermittelten und um den Namenszug des Geschäftsführers der Klägerin ergänzt an sie zurückgesandten Faxanweisungen auszudrucken, selbst handschriftlich zu unterschreiben und per Telefax an die Beklagte zu übersenden. Nach Ansicht des Senats war durch dieses Vorgehen die „**Bedingung**“ **verletzt**, dass die Faxanweisung von der Leiterin der Finanzbuchhaltung nur übermittelt werden durfte, soweit sie **tatsächlich vom Geschäftsführer der Klägerin unterzeichnet** war. Die Leiterin der Finanzbuchhaltung hat diese zwischen den Parteien zum Zwecke des Ausschlusses des Fälschungsrisikos vereinbarte Bedingung nicht nur grob fahrlässig, sondern nach dem Dafürhalten des Senats **vorsätzlich** verletzt.⁴⁵ Mit dieser Erwägung hat der Senat die Verneinung einer Minderung des Anspruchs der Beklagten nach **§ 254 Abs. 1 BGB** revisionsrechtlich unbeanstandet gelassen. Die Beklagte, die die Abweichung vom üblichen Vorgehen erkannt hat, hat ihren Nachforschungspflichten nach der Beurteilung des Senats dadurch genügt, dass sie sich die Anweisungen von der Leiterin der Finanzbuchhaltung jeweils **telefonisch hat bestätigen lassen**.

Dies führte im Ergebnis zur Bestätigung des Berufungsurteils. Das Berufungsgericht hatte die Haftung allerdings, basierend auf einer engeren Auslegung des Begriffs des „Zahlungsauthentifizierungsinstruments“ aus § 280 in Verbindung mit dem Girovertrag abgeleitet. Dies hat der Senat korrigiert und die Haftung auf § 675v Abs. 2 BGB a.F. gestützt.⁴⁶

4.

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

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

⁴⁵ a.a.O., Rn. 48.

⁴⁶ a.a.O., Rn. 31 ff., 44 ff.

5.

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

a)

Für den **Haftungsausschluss des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F.** hat der Anspruchsgegner darzulegen und zu beweisen, dass sich die dem **unrichtig prospektierten Sachverhalt** innewohnenden Risiken nach dem Erwerb entweder **nicht realisiert** haben oder dass sich die Risiken zwar realisiert haben, dies jedoch **ohne Einfluss** auf eine nach dem Erwerb eingetretene **Börsenpreisminderung** geblieben ist. Zum Nachweis des Haftungsausschlusses des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. ist der **Vollbeweis** zu erbringen (§ 286 ZPO). Das erleichterte Beweismaß des § 287 ZPO findet keine Anwendung. Zur Widerlegung der **Kausalitätsvermutung des § 46 Abs. 2 Nr. 1 BörsG a.F.** hat der Anspruchsgegner den Nachweis zu führen, dass im jeweiligen Einzelfall der **individuelle Erwerbentschluss** nicht durch den fehlerhaften Prospekt beeinflusst wurde.

Das hat der XI. Zivilsenat am 15. Dezember 2020⁴⁷ entschieden.

Gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. ist ein börsenrechtlicher Prospekthaftungsanspruch ausgeschlossen, wenn der Sachverhalt, über den unrichtige oder unvollständige Angaben im Prospekt enthalten sind, nicht zu einer **Minderung des Börsenpreises** der Wertpapiere **beigetragen** hat. Die Regelung nimmt als eine **vom Anspruchsgegner zu widerlegende Vermutung** den Ursachenzusammenhang zwischen dem die Fehlerhaftigkeit des Prospekts begründenden Sachverhalt und einem als „Minderung des Börsenpreises“ bezeichneten Schaden in den Blick. Sie kann

⁴⁷ BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2020 – [XI ZB 24/16](#) – juris.

deswegen nach Ansicht des Senats als auf die **haftungsausfüllende Kausalität** bezogen qualifiziert werden.⁴⁸

Seite 21 von 72

Nach dem Dafürhalten des Senats kommt es für den Haftungsausschluss des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. nicht darauf an, ob der **Prospektfehler als solcher**, also die unrichtige oder unvollständige Angabe im Prospekt, zur Minderung des Börsenpreises beigetragen hat, sondern allein darauf, ob der **Sachverhalt**, über den unrichtige oder unvollständige Angaben im Prospekt enthalten sind, zu einer Minderung des Börsenpreises beigetragen hat. Zudem greift der Haftungsausschluss nicht schon dann ein, wenn der **Erwerbspreis** das maßgebliche Risiko bereits berücksichtigt. Entscheidend ist vielmehr, ob der **nach dem Erwerb eingetretene Kursrückgang** zumindest **mitursächlich** darauf beruht, dass sich das dem unrichtig prospektierten Sachverhalt innewohnende Risiko tatsächlich verwirklicht hat.⁴⁹

In diesem Zusammenhang tritt der Senat der in der Literatur vertretenen Ansicht entgegen, wonach es, vergleichbar den zur Haftung bei fehlerhafter **ad-hoc Publizität** entwickelten Grundsätzen, darauf ankommt, ob das **Bekanntwerden** des wahren Sachverhalts, also das Aufdecken des Prospektfehlers, zu einem Kursrückgang geführt hat.⁵⁰ Die „Minderung des Börsenpreises“ beschreibt nach der Beurteilung des Senats **keinen zum Erwerbszeitpunkt bestehenden Minderwert der Anlage**, auf den aus einer nacherwerblichen Kursreaktion geschlossen werden könnte, sondern den **nacherwerblichen Kursverfall selbst**.⁵¹ Schlägt sich in einem nacherwerblichen Kursverfall aber (auch) das dem unrichtig prospektierten Sachverhalt innewohnende Risiko nieder, so verwirklicht sich nach Ansicht des Senats gerade ein **spezifisches** und nicht lediglich (allein) ein allgemeines Markt- oder Spekulationsrisiko. In diesem Fall besteht nach seinem Dafürhalten mithin der für die allgemeine Prospekt-

48 a.a.O., Rn. 41.

49 a.a.O., Rn. 43.

50 a.a.O., Rn. 45 f.

51 a.a.O., Rn. 47.

haftung nicht erforderliche **innere Rechtswidrigkeitszusammenhang** zwischen den Umständen, über die der Prospekt unrichtig oder unvollständig aufgeklärt hat, und der späteren negativen Entwicklung der Anlage.⁵² Dieser innere Zusammenhang fehlt nicht bereits dann, wenn den börsenpreisbildenden Akteuren der unrichtig prospektierte Sachverhalt und die mit ihm einhergehenden potentiellen Risiken bekannt waren und berücksichtigt („**eingepreist**“) wurden. Maßgeblich ist nach dieser Rechtsprechung des Senats **nicht das Kursbeeinflussungspotential** des unrichtig prospektierten Sachverhalts zum Zeitpunkt des Erwerbs, sondern die **tatsächliche nacherwerbliche Kursentwicklung im Sinne eines Wertverlustes**.⁵³

Hieraus leitet der Senat folgende Schlüsse ab:

Der Anspruchsgegner hat darzulegen und zu **beweisen**, dass sich entweder die dem unrichtig prospektierten Sachverhalt innewohnenden Risiken nacherwerblich **nicht realisiert** haben oder aber deren Realisierung **keinerlei mindernden Einfluss** auf den nacherwerblichen Kursverlauf hatte. Wird der Beweis nicht geführt, so kann sich der Anspruchsgegner nicht auf die Einwendung des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. berufen, selbst wenn die nachteiligen Auswirkungen des unrichtig prospektierten Sachverhalts **geringfügig** sind.⁵⁴

Weil § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. als Bezugspunkt der Börsenpreisminderung nicht auf die pflichtwidrige Prospektierung, sondern auf den unrichtig prospektierten Sachverhalt abstellt, handelt es sich bei dieser Norm **nicht** um eine Kodifikation des Einwands **rechtmäßigen Alternativverhaltens**. Deshalb kann sich der Anspruchsgegner nicht durch Darlegung und Nachweis des Umstands entlasten, dass sich der Börsenpreis **auch bei pflichtgemäßer Prospektierung nicht anders als geschehen** gebildet

⁵² a.a.O., Rn. 51.

⁵³ a.a.O., Rn. 52.

⁵⁴ a.a.O., Rn. 55.

hätte.⁵⁵ Aus demselben Grund ist es im Rahmen des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. auch unerheblich, ob der Prospektfehler vor oder erst nach Ablauf der **Sechsmonatsfrist** des § 45 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BörsG a.F. bekannt wurde.⁵⁶ Die nach § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. vermutete Börsenpreisminderung entfällt nicht deshalb, weil ein einmal eingetretener und (nicht ausschließbar) auf dem unrichtig prospektierten Sachverhalt beruhender Kursverfall in der nachlaufenden Entwicklung durch den **weiteren Kursverlauf wieder ausgeglichen** wurde. § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. gehört als Einwendungsnorm zum (negativen) Haftungstatbestand. Ist dieser einmal erfüllt, ändern hieran nachlaufende Entwicklungen nichts.⁵⁷

Auf das (Nicht-) Eingreifen des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. bezogene Feststellungen können im **Musterverfahren** getroffen werden. Die Kursrelevanz eines unrichtig prospektierten Sachverhalts ist nicht in Bezug auf den einzelnen Anleger individuell zu bestimmen, sondern bemisst sich nach seinem tatsächlichen Einfluss auf den Börsenpreis nach den **allgemeinen Gesetzmäßigkeiten des Kapitalmarktes**. Die Frage, ob ein nacherwerblicher Kursverfall auf einem unrichtig prospektierten Sachverhalt beruht, ist deswegen **verallgemeinerungsfähig**.⁵⁸

Dies führte zum teilweisen Erfolg der Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten im Musterfeststellungsverfahren um den „**Dritten Börsengang**“ der **Deutschen Telekom AG**. Aufgrund einer vorangegangenen Entscheidung des Senats⁵⁹ steht bereits rechtskräftig und bindend fest, dass der **Prospekt in einem wesentlichen Punkt unrichtig** ist, soweit darin ausgeführt ist, dass die Musterbeklagte einen Buchgewinn in Höhe von ca. 8,2 Mrd. € aufgrund des innerhalb der Deutsche Telekom Gruppe getätigten Verkaufs ihrer Anteile an S. realisieren konnte. Denn selbst für

⁵⁵ a.a.O., Rn. 58.

⁵⁶ a.a.O., Rn. 59.

⁵⁷ a.a.O., Rn. 60.

⁵⁸ a.a.O., Rn. 61.

⁵⁹ BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 – [XI ZB 12/12](#) – juris.

einen bilanzkundigen Anleger war bei der gebotenen sorgfältigen und eingehenden Lektüre des gesamten Prospekts nicht ersichtlich, dass die Musterbeklagte die S.-Aktien nicht verkauft, sondern im Wege der Sacheinlage auf eine 100%ige Konzerntochter übertragen hatte (sog. **Umhängung**). Aufgrund der Umhängung trug die Musterbeklagte weiter das volle **Risiko des Kursverlustes** der S.-Aktien und ein damit verbundenes **dividendenrelevantes Abschreibungsrisiko**. Diese Risiken haben sich später auch realisiert.⁶⁰

Davon ausgehend hat die Musterbeklagte nach Ansicht des Senats, um den Haftungsausschluss des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. in Anspruch nehmen zu können, insbesondere den Nachweis zu führen, dass weder der Wertverlust der S.-Aktien noch die Realisierung des dividendenrelevanten Abschreibungsrisikos **mitursächlich** für eine nachteilige Entwicklung des Börsenpreises der Aktien der Musterbeklagten geworden sind, sondern sich in dieser **ausschließlich das allgemeine Markt- bzw. Spekulationsrisiko** bzw. andere Umstände niedergeschlagen haben.⁶¹ Das Oberlandesgericht hatte die Feststellung getroffen, dass „die genannten Prospektunrichtigkeiten“ zur Minderung des Börsenpreises beigetragen haben und der Musterbeklagten kein Gegenbeweis gelungen ist bzw. dass die Musterbeklagte den Nachweis des Umstandes im Sinne des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. nicht geführt habe. Diese Feststellungen beruhen auf einer von den oben dargelegten Maßstäben des Senats **abweichenden Auslegung** des § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. und konnten daher keinen Bestand haben. Diese führte auf Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten insoweit zur **Aufhebung und Zurückverweisung** der Sache an das Oberlandesgericht, damit es das Sachverständigengutachten nach den Vorgaben des Senatsbeschlusses einholt.⁶² Der Nachweis fehlender Preisrelevanz lässt sich nach Ansicht des Senats durch ein **Sachverständigengutachten** führen.⁶³

⁶⁰ BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2020 – [XI ZB 24/16](#) – juris, Rn. 63.

⁶¹ a.a.O., Rn. 64.

⁶² a.a.O., Rn. 66.

⁶³ a.a.O., Rn. 72.

Bestätigt hat der Senat demgegenüber die Beurteilung des Oberlandesgerichts, wonach zur Widerlegung der durch § 46 Abs. 2 Nr. 2 BörsG a.F. aufgestellten Vermutung das **erleichterte Beweismaß des § 287 ZPO keine Anwendung** findet. Zur Widerlegung der Vermutung haftungsausfüllender Kausalität ist der Vollbeweis (§ 286 ZPO) zu erbringen. § 287 ZPO soll nach Ansicht des Senats dem von einer rechtswidrigen Handlung Betroffenen die Darlegung und den Nachweis seines Schadens erleichtern, nicht aber dem **Schädiger die Führung des Gegenbeweises**.⁶⁴

Weiter hat der Senat bestätigt, dass es für **§ 46 Abs. 2 Nr. 1 BörsG a.F.** nicht auf das anfängliche Fehlen oder den späteren Wegfall einer **prospektveranlassten Anlagestimmung** ankommt.⁶⁵ Gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 1 BörsG a.F. ist ein börsenrechtlicher Prospekthaftungsanspruch ausgeschlossen, sofern die Wertpapiere **nicht aufgrund des Prospekts erworben** wurden. § 46 Abs. 2 Nr. 1 BörsG a.F. hat den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem (fehlerhaften) Prospekt und dem Erwerb zum Gegenstand. Es handelt sich um eine Regelung zur **haftungsbe gründenden Kausalität**, wobei die Kausalität **widerleglich vermutet** wird. Das zum früheren Recht bestehende Problem des Kausalitätsnachweises hat der Gesetzgeber damit kodifiziert und so die Rechtsfigur der **allgemeinen Anlagestimmung obsolet** werden lassen. An deren Stelle ist das **individuelle Erwerbsmotiv** des Anlegers getreten, so dass die Kausalitätsvermutung nach dem Dafürhalten des Senats nicht durch den Nachweis des anfänglichen Fehlens oder des späteren Wegfalls einer prospektveranlassten Anlagestimmung widerlegt werden kann.⁶⁶

Danach können zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung allein die für die Erwerbsentscheidung **individuell maßgeblichen Motive des Anlegers** herangezogen werden. Der Anspruchsgegner hat den Nachweis, dass im jeweiligen Einzelfall der individuelle Erwerbsentschluss nicht

⁶⁴ a.a.O., Rn. 74 f.

⁶⁵ a.a.O., Rn. 76.

⁶⁶ a.a.O., Rn. 77 ff.

durch den fehlerhaften Prospekt beeinflusst wurde, zu führen. Da sich der Entlastungsnachweis auf einzelfallbezogene Umstände in der Person des Erwerbers bezieht, kann er nach Ansicht des Senats **nur in den ausgesetzten Ausgangsverfahren** geführt werden.⁶⁷ Durch diese Klärung sind zahlreiche Streitpunkte im Musterfeststellungsverfahren gegenstandslos geworden.⁶⁸

Gebilligt hat der Senat die Feststellung, dass der Prospekthaftungsanspruch nach § 45 BörsG a.F. **nicht** voraussetzt, dass der Erwerber **Kenntnis von der Existenz des Prospekts** hat.⁶⁹ Es genügt ein bloß mittelbarer Prospekteinfluss.⁷⁰

Bestätigt hat der Senat ferner die Feststellung, die Musterbeklagte habe sich vom Vorwurf **grob fahrlässiger Unkenntnis** der Unrichtigkeit der Prospektangaben nicht entlastet.⁷¹

Die Rechtsbeschwerden der Musterklägerseite hatten ebenfalls teilweise – überwiegend spiegelbildlich – Erfolg.⁷²

b)

Führt eine **Pressemitteilung des Emittenten** zu einer **mitteilungspflichtigen Insiderinformation**, kann dies seine Haftung wegen **unterlassener unverzüglicher Veröffentlichung** von Insiderinformationen begründen. Ein **Erwerb von Finanzinstrumenten** liegt auch bei der **Zeichnung von Aktien aus einer Kapitalerhöhung** vor.

Das hat der II. Zivilsenat am 17. Dezember 2020⁷³ zu § 37b Abs. 1, § 37c Abs. 1 WpHG in der bis 09. Juli 2015 geltenden Fassung im **Kapitalanle-**

⁶⁷ a.a.O., Rn. 87.

⁶⁸ a.a.O., Rn. 88.

⁶⁹ a.a.O., Rn. 93.

⁷⁰ a.a.O., Rn. 92.

⁷¹ a.a.O., Rn. 101 ff.

⁷² a.a.O., Rn. 115 ff.

ger-Musterverfahren zur Verletzung **kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten** durch die ehemalige **Hypo Real Estate Holding AG** zwischen Juli 2007 und Januar 2008 entschieden.

Ein gemäß § 37b WpHG a.F. tatbestandsmäßiges Unterlassen kann nach der Auffassung des Senats sowohl vorliegen, wenn **vor einer Mitteilung**, die **nicht die Form einer Ad-Hoc-Meldung** hatte, eine **Insiderinformation vorlag**, als auch dann, wenn **die Mitteilung** zu einer mitteilungs-pflichtigen Insiderinformation **geführt** hat.⁷⁴ Er entnimmt dem Wortlaut und der Zielrichtung von § 37b WpHG a.F., dass Anknüpfungspunkt für die Haftung des Emittenten das **Unterlassen** der unverzüglichen Veröffentlichung einer ihn unmittelbar betreffenden Insiderinformation ist. Es wäre seiner Ansicht nach ein Wertungswiderspruch, wenn der Emittent für die unterlassene Veröffentlichung von Insiderinformationen allgemein unter den Voraussetzungen des § 37b WpHG a.F. haften würde, dies aber im Hinblick auf eine Abweichung der Realität von einer Markterwartung, **die der Emittent durch eine Fehlinformation selbst geschaffen hat**, nicht der Fall wäre.⁷⁵

Allerdings kann die Veröffentlichung einer unwahren Insiderinformation in einer **Pressemitteilung** eine Haftung gemäß § 37c Abs. 1 Nr. 1 WpHG a.F. nicht begründen. Für eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Verlautbarungen, die nicht als Ad-Hoc-Meldung veröffentlicht wurden, ist kein Raum, weil der Gesetzgeber bewusst allein die Haftung für fehlerhafte Ad-Hoc-Meldungen geregelt hat.⁷⁶

Hieraus kann nach dem Dafürhalten des Senats indes nichts für eine Einschränkung der Haftung wegen **unterlassener** Kapitalmarktinformation abgeleitet werden. Der Emittent, der **außerhalb der gesetzlich vorgesehnen Publikationsform** der Ad-Hoc-Meldung Insiderinformationen bekannt

⁷³ BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 – [II ZB 31/14](#) – juris.

⁷⁴ a.a.O., Rn. 219.

⁷⁵ a.a.O., Rn. 220.

⁷⁶ a.a.O., Rn. 222.

gibt, erfüllt seine Mitteilungspflicht nach § 15 WpHG a.F. nicht, so dass im Falle einer **Falschinformation** eine auf die verdeckte Information bezogene **Mitteilungspflicht erhalten bleibt** und deren **Nichterfüllung haftungsbewehrt** sein kann.⁷⁷

Nichts anderes gilt nach Ansicht des Senats, wenn **durch eine fehlerhafte Marktinformation** eine **Insiderinformation erst geschaffen** wird. Jedoch hebt der Senat hervor, dass die Haftung wegen **unterlassener Mitteilung nicht an eine aktive Fehlinformation**, sondern an die **Abweichung der Informationslage im Markt von der tatsächlich bestehenden Lage** anknüpft. Entsprechend löst eine Fehlinformation eine auf Korrektur gerichtete Informationspflicht **nicht aus sich heraus** aus, sondern nur, wenn eine auf ihr basierende **Markterwartung tatsächlich eingetreten** ist.⁷⁸ Weil es allein auf die durch die Information geschaffene Informationslage im Markt ankommt, entsteht weder **stets** eine auf **Korrektur** gerichtete Informationspflicht noch basiert eine solche auf dem Gedanken der **Ingerenz**.⁷⁹

Hiervon ausgehend hat der Senat die Annahmen des Oberlandesgerichts beanstandet, die Musterbeklagte zu 1 sei nach der Herausgabe der Pressemitteilung vom 3. August 2007 und auch noch am 7. November 2007 verpflichtet gewesen, die in dieser Pressemitteilung enthaltenen falschen Aussagen per Ad-Hoc-Meldung zu korrigieren, und der Umstand, dass die Pressemitteilung vom 3. August 2007 unwahre Aussagen enthalten habe, stelle eine Insiderinformation dar.⁸⁰

Dies führte für die davon betroffenen Feststellungsziele zur Aufhebung und Zurückverweisung. Das Oberlandesgericht wird insoweit zu prüfen haben, ob die Unrichtigkeit bzw. Unvollständigkeit der Pressemitteilung vom 3. August 2007 **für sich genommen eine Insiderinformation** war.

⁷⁷ a.a.O., Rn. 223.

⁷⁸ a.a.O., Rn. 224.

⁷⁹ a.a.O., Rn. 225.

⁸⁰ a.a.O., Rn. 201; 226.

Dabei wird zu prüfen sein, ob ein verständiger Anleger die Information darüber, dass die Musterbeklagte zu 1 den **Subprime-Anteil in den US-CDO Investments** der HRE-Gruppe **unrichtig dargestellt** hat und dass der vollständige Zusammenbruch des Subprime-Marktes durch die Risikovorsorge der HRE-Gruppe **nicht mehrfach abgedeckt** war, bei seiner **Anlageentscheidung berücksichtigt** hätte, mithin das nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts auch die Musterbeklagte zu 1 betreffende Misstrauen im Markt nach der Pressemitteilung vom 3. August 2007 weiterhin gerechtfertigt war.⁸¹

Wie der Senat vor dem Hintergrund eines weitreichenden Meinungsstreits in der Literatur weiter entschieden hat, liegt ein **Erwerb** im Sinn von § 37b Abs. 1 und § 37c Abs. 1 WpHG a.F. auch bei der **Zeichnung von Aktien aus einer Kapitalerhöhung** vor.⁸² Der Wortlaut der Vorschriften spricht nach Ansicht des Senats für ein **weites Verständnis** des Begriffs „erwerben“, nämlich im Sinne des **Erlangens einer Sache**, eines Rechts oder einer Rechtsposition mit der Folge, dass der **Empfänger als Inhaber** angesehen wird. Eine Verengung auf bestimmte Erwerbsgründe oder gar auf im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Rechtspflichten lehnt der Senat ebenso ab wie ein spezifisch kapitalmarktrechtliches Verständnis, das vom allgemeinen juristischen Sprachgebrauch abweicht, oder Einschränkungen wegen des Transaktionserfordernisses in § 37b und § 37c WpHG a.F..⁸³ Auch der **Schutzzweck** rechtfertigt aus Sicht des Senats keine Einschränkung der Anspruchsberechtigung auf Anleger, die das jeweilige Finanzinstrument am **Sekundärmarkt** erworben oder veräußert haben, weil die Preisbildung an diesem Markt sich typischerweise auch **auf andere Erwerbsvorgänge auswirkt**. Es trifft nach Ansicht des Senats nicht zu, dass der Schutzzweck der Vorschriften nur dann tangiert ist, wenn das für den Erwerb zu entrichtende Entgelt **direkt durch den Marktpreis** der Finanzinstrumente bestimmt wird oder die Transaktion auf einem **individuellen Willensentschluss** des Anlegers beruht. Vielmehr

⁸¹ a.a.O., Rn. 235; 227 ff.

⁸² a.a.O., Rn. 326 ff.

⁸³ a.a.O., Rn. 327 ff.

kann ein ersatzfähiger Vermögensschaden nach Ansicht des Senats auch dann entstehen, wenn die für den Erwerb des Finanzinstruments erbrachte Gegenleistung **mittelbar** von einem **durch eine Informationspflichtverletzung beeinflussten Preis** bestimmt wird und dieser nicht auf einem individuellen Willensentschluss beruht.⁸⁴ Auch der Begriff des Erwerbs nach § 44 Abs. 1 Satz 1 BörsG a.F. erfasst nicht nur den Erwerb von Wertpapieren über die Börse, sondern auch den (Erst-) Erwerb von Aktien bei der Durchführung einer **Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen**.⁸⁵

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts zu dem entsprechenden Feststellungsziel konnte danach keinen Bestand haben. Das Oberlandesgericht hatte das Feststellungsziel, dass **Zuteilungen von Aktien** der Musterbeklagten zu 1 im Rahmen der Übernahme der Depfa einen „Erwerb“ von Wertpapieren im Sinne der §§ 37b Abs. 1, 37c Abs. 1 WpHG a.F., § 44 Abs. 1 BörsG a.F. darstellen, zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die hier vorliegende Unternehmensübernahme werde von der Schutzrichtung der Ad-Hoc-Publizitätspflicht nicht angesprochen, weil der der Bieter für die Anteile des Zielunternehmens nicht den Marktpreis zahle, sondern denjenigen Preis, den der bietende Emittent im Rahmen des Übernahmeangebotes mache.⁸⁶ Der Senat hat dies korrigiert und die begehrte Feststellung in der Sache selbst getroffen.⁸⁷

In zahlreichen anderen Punkten der insgesamt komplexen Auseinandersetzung hat der Senat das Oberlandesgericht bestätigt und hierbei u.a. erwogen:

Enthält eine Ad-Hoc-Mitteilung eine **Prognose als Insiderinformation**, ist diese nicht nur dann **unwahr** i.S.d. § 37c Abs. 1 WpHG a.F., wenn die Prognose tatsächlich nicht oder mit einem anderen Inhalt angestellt

⁸⁴ a.a.O., Rn. 332.

⁸⁵ a.a.O., Rn. 333.

⁸⁶ a.a.O., Rn. 316 ff.

⁸⁷ a.a.O., Rn. 335.

wurde. Der Begriff unwahr ist nach dem Verständnis des Senats ausgehend vom Begriff der Insiderinformation in § 13 Abs. 1 WpHG a.F. und dem **Sinn und Zweck der Informationshaftung** nicht ausschließlich tatsachenbezogen zu verstehen, so dass eine Prognose auch dann unwahr i.S.d. § 37c Abs. 1 WpHG ist, wenn diese **nicht hinreichend auf Tatsachen gestützt und kaufmännisch nicht mehr vertretbar** ist.⁸⁸

Eine auf einer **Bilanz** basierende Prognose **künftiger Geschäftsergebnisse** ist nach dem Dafürhalten des Senats nicht schon unvertretbar, wenn ein Risiko in der Bilanz nicht korrekt abgebildet ist oder diese sonst fehlerhaft ist, sondern vielmehr erst dann, wenn sich die Prognose als **nicht mehr tragfähig** erweist, mithin die Bilanz unter Berücksichtigung des gewählten Verfahrens **keine taugliche Grundlage** für die Prognose mehr darstellt. Die Tragfähigkeit einer Prognose ist deshalb nach Auffassung des Senats typischerweise nicht in Frage gestellt ist, wenn die **wirtschaftlichen Auswirkungen eines Bilanzierungsfehlers** durch die hierfür verfügbare **bilanzielle Risikovorsorge gedeckt** sind.⁸⁹ Eine **Pflicht zur Erläuterung** einer kapitalmarktbezogenen Einzelinformation mittels Ad-Hoc-Meldung besteht nur, soweit ausgehend von den im Kapitalmarkt vorhandenen Informationen und Erwartungen ohne weitere Erläuterung die **Gefahr einer Irreführung** vorliegen würde.⁹⁰

Davon ausgehend hat der Senat die **bilanzielle Einordnung der Cash-CDO** bei der Musterbeklagten zu 1 **bis zum 30. Juni 2007** nicht als unvertretbar bewertet.⁹¹ Eine **Wertberichtigung** war bis dahin nach Auffassung des Senats aus kaufmännischer Sicht nicht zwingend geboten.⁹² Etwaige Zeitwertverluste bei den synthetischen CDO konnten **durch**

⁸⁸ a.a.O., Rn. 75.

⁸⁹ a.a.O., Rn. 78.

⁹⁰ a.a.O., Rn. 79.

⁹¹ a.a.O., Rn. 80 ff.

⁹² a.a.O., Rn. 89 ff.

bilanzielle Risikovorsorge kompensiert werden und stellten damit die Tragfähigkeit der Prognose nicht in Frage.⁹³

Wie der Senat weiter ausführt, ist der **Beurteilungsspielraum bei einer Prognose** über die künftige Geschäftsentwicklung oder bei ihrer späteren Anpassung nicht nur dann überschritten, wenn der Emittent **wider besseren Wissens** von einer optimistischen oder zumindest kontinuierlichen Entwicklung ausgeht, sondern auch dann, wenn er **Umstände außer Betracht lässt**, die für diese Erwartung **erkennbar relevant** sind. Umgekehrt ist aber zu respektieren, dass eine Prognose eine **subjektive Wahrscheinlichkeitsbeurteilung** enthält, in der auch die **Risikoeinstellung des Emittenten** zum Ausdruck kommt, so dass auch **optimistische Erwartungen im Bereich des Vertretbaren** liegen. Soweit in der früheren Rechtsprechung des Senats zum Ausdruck kommt, es sei bei Voraussagen und Werturteilen allgemein Zurückhaltung geboten, hält der Senat daran nicht fest. Soweit er ausgesprochen hat, dass bei langfristigen Prognosen mit erheblichen Risiken vorsichtig kalkulierend auf die Zukunft zu schließen ist, kommt darin nach jetzt vorgenommener Klarstellung nur zum Ausdruck, dass bei der prognostischen Betrachtung die **Grenze zur Spekulation nicht überschritten** werden darf.⁹⁴

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat es der Senat nicht für geboten erachtet, von einer ausschließlich auf die **zurückliegenden Geschäftsergebnisse** basierenden Jahresprognose abzusehen.⁹⁵ Insgesamt hat der Senat damit die Entscheidung des Oberlandesgerichts bestätigt, soweit es eine **Informationspflichtverletzung vor dem 3. August 2007** verneint hat.

Die **Pressemitteilung vom 3. August 2007** ist nach dem Dafürhalten des Senats nicht deshalb unvollständig, weil sie das **Risiko künftiger Änderungen im Sicherheitenpool** nicht erwähnt. Bei einem Empfänger der

⁹³ a.a.O., Rn. 96.

⁹⁴ a.a.O., Rn. 103.

⁹⁵ a.a.O., Rn. 104 ff.

Pressemitteilung wurde nach der vom Senat vorgenommenen Auslegung auch unter Berücksichtigung der Zielrichtung der Erklärung, Marktteilnehmer über mögliche Belastungen der HRE-Gruppe aus der Krise um **US-Subprime** aufzuklären, nicht die berechtigte Erwartung erzeugt, **allgemein über die Risiken des CDO-Engagements aufgeklärt** zu werden, zu denen mögliche Veränderungen im Sicherheitenpool zählen. Abgesehen davon, dass von einer Pressemitteilung nach Auffassung des Senats **typischerweise keine Risikoaufklärung erwartet** werden kann, enthält die Pressemitteilung vom 3. August 2007 konkrete Aussagen zum Subprime-Engagement nur auf den Ist-Zustand bezogen und begründet die in ihr enthaltenen Prognosen nicht näher. Die Erklärung enthält nach Ansicht des Senats keine Aussagen, aufgrund deren der Empfänger auf die Unveränderlichkeit dieser Situation hätte vertrauen können. Die Erwähnung von Assettäuschen in der Vergangenheit hat im Gegenteil deutlich gemacht, dass der Subprime- Anteil im Portfolio veränderlich ist. Einer ausdrücklichen Klarstellung bedurfte es hierzu nicht.⁹⁶

Damit hat der Senat eine in diesem Punkt anderslautende Entscheidung des Oberlandesgerichts korrigiert und das entsprechende Feststellungsziel **zurückgewiesen**.⁹⁷

Davon abgesehen hat er aber die Feststellung des Oberlandesgerichts, dass die **Pressemitteilung vom 3. August 2007 unwahre und unvollständige Angaben enthielt**, nicht beanstandet. Dies betrifft die Aussagen, „Aus mittlerweile erfolgten Assettäuschen ergeben sich bei 16 % des Volumens indirekte Beziehungen zu Subprime Sicherheiten. Diese stammen jedoch nur mit 5 % aus den Jahren 2006 und 2007.“ und „Selbst wenn es zu einem vollständigen Zusammenbruch des Subprime Marktes käme, wäre dies im Rahmen unserer kalkulierten Risikovorsorge mehrfach abgedeckt“, die das Oberlandesgericht für unwahr, und die Aussage

⁹⁶ a.a.O., Rn. 197.

⁹⁷ a.a.O., Rn. 176; 196.

„Unsere CDO Investments haben keinen direkten Bezug zu Subprime“, die das Oberlandesgericht für unvollständig gehalten hat.⁹⁸

Seite 34 von 72

Der Senat hebt in diesem Zusammenhang den **Unterschied zwischen Pressemitteilungen und Ad-Hoc-Meldungen** hervor. Während sich Ad-Hoc-Meldungen auf einen **konkret bekanntzugebenden Sachverhalt** zu beschränken haben, der **vollständig** wiederzugeben ist und nicht durch **Auslassungen und Unvollständigkeiten verzerrt** werden darf, sind **Pressemitteilungen nicht auf die Bekanntgabe von Insiderinformationen ausgerichtet**, sondern Teil der im Ausgangspunkt frei bestimmbareren **Öffentlichkeitsarbeit** eines Emittenten. Sie enthalten nicht zwingend einen konkreten Tatsachenkern, der auf Vollständigkeit und Richtigkeit hin prüfbar ist. Vielmehr ist durch **Auslegung** zu ermitteln, ob einer Pressemitteilung überhaupt ein bestimmter, auf die Information des Kapitalmarkts gerichteter Inhalt zukommt, ob sie gegebenenfalls **werbenden Charakter** hat bzw. ob sie darauf gerichtet ist, dem Empfänger ein geschlossenes Bild von einem bestimmten Sachverhalt zu vermitteln. Bei der Auslegung ist entsprechend zu berücksichtigen, dass mit der Veröffentlichung einer Pressemitteilung unterschiedliche, auch **unternehmenspolitische Ziele** verfolgt werden können und ihr typischerweise nicht dieselbe Aussagekraft zukommt, wie einer Ad-Hoc-Meldung. Bewertende Aussagen, die keinen erkennbaren Tatsachenkern enthalten, sind nur dann als **unwahr** anzusehen, wenn sie **bewusst ins Blaue hinein** aufgestellt werden.⁹⁹

Hieran anknüpfend hat der Senat, anders als noch das Oberlandesgericht, die in der Pressemitteilung vom 7. November 2007 wiedergegebene Äußerung des Musterbeklagten zu 2, die **HRE-Gruppe sei aus der jüngsten Marktkrise gestärkt hervorgegangen**, nicht als unwahr angesehen. Diese Äußerung hebt nach seiner Auslegung erkennbar **werbend** die strategischen Ziele der Übernahme der Depfa und die sich daraus erschließenden Perspektiven für den Konzern hervor und hat **nicht**

⁹⁸ a.a.O., Rn. 160; Rn. 165 ff.

⁹⁹ a.a.O., Rn. 163.

die Erwartung differenzierter Informationen erzeugt. Die Pressemitteilung enthält keine konkreten Informationen zur Betroffenheit der Musterbeklagten zu 1 bzw. der HRE-Gruppe von der Subprime-Krise, sondern beschränkt sich nach dem Dafürhalten des Senats auf **vage Formulierungen**. Die insgesamt positive Gesamteinschätzung ist **erkennbar eine subjektive, in die Zukunft gerichtete Bewertung**.¹⁰⁰

Gebilligt hat der Senat die vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen, dass die den **Abschreibungsbedarf auf US-CDO betreffende Ad-Hoc-Meldung vom 15. Januar 2008 nicht unverzüglich** im Sinne von § 15 Abs. 1 WpHG a.F. erfolgt ist, und die Musterbeklagte zu 1 weder von der Pflicht gemäß § 15 Abs. 3 WpHG a.F. befreit war, noch sie wegen fehlenden Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit entlastet ist.¹⁰¹

c)

Mit der Angabe von **Verflechtungstatbeständen** im Sinne von § 7 Abs. 2, § 12 Abs. 1, 2 und 4 VermVerkProspV in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung befasst sich ein Beschluss des XI. Zivilsenats vom 12. Januar 2021.¹⁰²

Gemäß § 7 Abs. 2 VermVerkProspV a.F. muss der Verkaufsprospekt Angaben enthalten über den Umfang der unmittelbaren oder mittelbaren **Beteiligungen der Gründungsgesellschafter** an Unternehmen, die mit dem Vertrieb der emittierten Vermögensanlagen betraut sind (Nr. 1), Unternehmen, die dem Emittenten Fremdkapital zur Verfügung stellen (Nr. 2), und Unternehmen, die im Zusammenhang mit der Herstellung des Anlageobjekts nicht nur geringfügige Lieferungen oder Leistungen erbringen (Nr. 3). Der Verkaufsprospekt muss gemäß § 12 Abs. 2 i.V.m. § 12 Abs. 1 VermVerkProspV a.F. angeben, in welcher Art und Weise die Mitglieder der Geschäftsführung oder des Vorstands, Aufsichtsgremien

¹⁰⁰ a.a.O., Rn. 198 f; 186 ff.

¹⁰¹ a.a.O., Rn. 252 ff.

¹⁰² BGH, Beschluss vom 12. Januar 2021 – [XI ZB 18/17](#) – juris.

und Beiräte des Emittenten für derartige Unternehmen tätig sind. Diese Angaben müssen gemäß § 12 Abs. 4 VermVerkProspV a.F. auch für solche Personen erfolgen, die nicht in den Kreis der nach der Verordnung angabepflichtigen Personen fallen, die Herausgabe oder den Inhalt des Prospekts oder die Abgabe oder den Inhalt des Angebots der Vermögensanlage aber **wesentlich beeinflusst** haben.¹⁰³

Der Senat spannt hierbei den Bogen zur allgemeinen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Angabe von Verflechtungstatbeständen. Danach gehören zu den nach Treu und Glauben zu offenbarenden Tatsachen **wesentliche kapitalmäßige und personelle Verflechtungen** zwischen einerseits der Komplementär-GmbH, ihren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern und andererseits den Unternehmern sowie deren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern, in deren Hand die **Publikums-Kommanditgesellschaft** die nach dem Emissionsprospekt durchzuführenden Vorhaben ganz oder wesentlich gelegt hat.¹⁰⁴

Ob und in welchem Umfang die Unternehmen, die im Zusammenhang mit der Herstellung des Anlageobjekts nicht nur geringfügige Lieferungen oder Leistungen erbringen, **zu der Fondsgesellschaft durch zukünftige vertragliche Vereinbarungen in Wettbewerb treten können**, ist nach Ansicht des Senats hingegen **kein Umstand**, der aufgrund dieser Verflechtungstatbestände anzugeben ist. Es handelt sich dabei auch nicht um einen Interessenkonflikt im Inneren der Fondsgesellschaft, auf den der Anleger nach seinem Beitritt versuchen könnte, Einfluss zu nehmen.¹⁰⁵

Der Senat hat deshalb **keinen Prospektfehler** darin gesehen, dass in dem Abschnitt „**Interessenkonflikte**“ keine **Ausnahmen** von dem zwischen dem Fonds und der IPB vereinbarten **Wettbewerbsverbot** aufgeführt sind. Die IBP, eine **Patentbewertungs- und Beratungsgesell-**

¹⁰³ a.a.O., Rn. 89.

¹⁰⁴ a.a.O., Rn. 88 mit Bezug u.a. auf BGH, Beschlüsse vom 4. Juni 2019 – [II ZR 264/18](#) – juris, Rn. 12; vom 18. Februar 2020 – [XI ZR 196/19](#) – juris, Rn. 8; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2020.

¹⁰⁵ BGH, Beschluss vom 12. Januar 2021 – [XI ZB 18/17](#) – juris, Rn. 90.

schaft, war nach dem Konzept des **Patentverwertungsfonds** als Dienstleister maßgeblich an der Auswahl, dem Erwerb und der „**Veredelung**“ des zu verwertenden Patents beteiligt. Das **Schweigen** an dieser Stelle des Prospekts lässt nach Ansicht des Senats keinen (irreführenden) Schluss auf das Bestehen eines Wettbewerbsverbots und dessen Umfang zu.¹⁰⁶ Es reicht nach dem Dafürhalten des Senats aus, dass die Vereinbarungen zum Wettbewerbsverbot nur in dem Abschnitt dargestellt sind, der den wesentlichen Inhalt des mit der IPB geschlossenen Vertrages wiedergibt.¹⁰⁷ Auch sonst sind **Interessenkonflikte** der IPB nach der Beurteilung des Senats im Prospekt ausreichend dargestellt.¹⁰⁸

Dies führte in der Sache zur Bestätigung der Entscheidung des Oberlandesgerichts im Musterverfahren, das sämtliche gerügten Prospektfehler verneint hatte. Insbesondere hat der Bundesgerichtshof es nicht als aufklärungspflichtig angesehen, dass der **Vorstandsvorsitzende der IPB**, einer wesentlichen Vertragspartnerin der Fondsgesellschaft, sich in einem **Interview vor Prospektherausgabe** kritisch zum dem – von dem streitgegenständlichen Fonds verfolgten – Konzept eines **Blind-Pools** geäußert und ausgeführt hatte, dabei seien die Akquisitionskosten der Patente nicht einzuschätzen, was einem **Anleger nicht zuzumuten** sei.¹⁰⁹ Denn der Anleger wird durch den Prospekt nach Ansicht des Senats umfassend über die Konzeption des Blind-Pool-Modells informiert und auch darüber, was dies für den Erwerb der Patente und die Anschaffungskosten bedeutet.¹¹⁰ Auch in der **Meinungsäußerung an sich** hat der Senat keinen Umstand gesehen, der den **Zweck des Anlagevertrags vereiteln** oder gefährden konnte.¹¹¹

¹⁰⁶ a.a.O., Rn. 87.

¹⁰⁷ a.a.O., Rn. 91.

¹⁰⁸ a.a.O., Rn. 85 ff.

¹⁰⁹ a.a.O., Rn. 45 ff.

¹¹⁰ a.a.O., Rn. 47.

¹¹¹ a.a.O., Rn. 48 ff.

Die Darstellung der **Expertise der IPB im Prospekt**¹¹² sowie die Darstellung des **Fondskonzepts**¹¹³ waren nach Ansicht des Senats ebenfalls nicht fehlerhaft. Dies führte zum weitgehenden Misserfolg der Rechtsbeschwerden, wobei der Senat das Ziel festzustellen, dass „der Prospekt auch **in seiner Gesamtschau** die Risiken der Anlage verharmlose und das Fondskonzept fehlerhaft darstelle und damit nicht dazu geeignet sei, den Anleger hinreichend über die Risiken und besonderen Eigenschaften der Anlage zu informieren“, als **nicht hinreichend bestimmt** und damit **unzulässig** angesehen¹¹⁴ und weitere Feststellungsziele als gegenstandslos bewertet hat.¹¹⁵

d)

Nach einem Beschluss des XI. Zivilsenats vom 19. Januar 2021¹¹⁶ schließt die **spezialgesetzliche Prospekthaftung gemäß den § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG** in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung in ihrem Anwendungsbereich eine **Haftung der Gründungsgesellschafter als Prospektveranlasser** unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB aus.

Nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG a.F. haften neben denjenigen, die für den Prospekt im Sinne des § 8g VerkProspG a.F. die Verantwortung übernommen haben, im Falle von dort enthaltenen unrichtigen oder unvollständigen wesentlichen Angaben auch diejenigen, von denen der **Erlass des Prospekts ausgeht**, § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG a.F.. Damit sollen die Personen und Unternehmen getroffen werden, von denen die **wirtschaftliche Initiative** ausgeht und die hinter dem Prospekt stehen

¹¹² a.a.O., Rn. 52 ff.

¹¹³ a.a.O., Rn. 65 ff.

¹¹⁴ a.a.O., Rn. 95 ff.

¹¹⁵ a.a.O., Rn. 101 ff.

¹¹⁶ BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – [XI ZB 35/18](#) – juris.

und seine **eigentlichen Urheber** sind. Veranlasser ist, wer hinter dem Emittenten steht und neben der Geschäftsleitung **besonderen Einfluss** ausübt. Durch die Regelung soll eine Lücke bei den Haftungsverpflichteten geschlossen werden; insbesondere sollen auch **Konzernmuttergesellschaften** in die Haftung einbezogen werden.¹¹⁷

Neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung aus § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG a.F. ist eine Haftung unter dem Aspekt einer **vorvertraglichen Pflichtverletzung** aufgrund der Verwendung des unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung nach Ansicht des Senats **ausgeschlossen**. Wollte man die allgemeinen Haftungsgrundsätze neben § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG a.F. ohne jede Einschränkung zur Anwendung bringen, liefe – so die Argumentation des Senats – die gesetzgeberische Entscheidung, dem Gründungsgesellschafter als Veranlasser im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG a.F. die Möglichkeit zu eröffnen, sich mit dem **Nachweis einfach fahrlässiger Unkenntnis** der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verkaufsprospekts zu entlasten (§ 45 Abs. 1 BörsG a.F.), und eine **Sonderverjährungsfrist** (§ 46 BörsG a.F.) anzuordnen, vollständig leer.¹¹⁸

Danach war die im Musterverfahren begehrte Feststellung, die Verwendung des Prospekts stelle **Verletzungen von Pflichten** durch die Musterbeklagten als (Rechtsnachfolger der) Gründungsgesellschafter gegenüber den Treugebern der Fondsgesellschaft dar – d.h. in der Auslegung des Senats: dass die Musterbeklagten die ihnen als künftiger Vertragspartner des Gesellschaftsvertrags gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB obliegenden vorvertraglichen Pflichten durch Verwenden eines unrichtigen oder unvollständigen **Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung** verletzt haben –, ¹¹⁹ nicht zu treffen, weil eine Haftung der Musterbeklagten nicht auf die Verwendung eines Prospekts als solche gestützt werden

¹¹⁷ a.a.O., Rn. 24.

¹¹⁸ a.a.O., Rn. 26.

¹¹⁹ a.a.O., Rn. 21.

kann. Ein Anspruch auf dieser Grundlage wird nach dem Gesagten vielmehr durch die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung verdrängt.¹²⁰ Der Senat hat die Musterbeklagten als **Prospektverantwortliche** im Sinne von § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG a.F. angesehen, weil sie Gründungsgesellschafter der Fondsgesellschaft sind, bei Aufstellung des Prospekts zu jeweils 50% Gesellschafter der Komplementärin der Fondsgesellschaft beteiligt waren, wobei die Musterbeklagte zu 1 außerdem die Schwestergesellschaft der Prospektverantwortlichen nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BörsG a.F. war und als Treuhandkommanditistin fungierte, während die Musterbeklagte zu 2 von den ursprünglich auf 275.000 € bezifferten Pflichteinlagen eine Pflichteinlage von 200.000 € übernahm.¹²¹

Dies führte in diesem Punkt im Ergebnis zur Bestätigung des Oberlandesgerichts. Beanstandet hat der Senat, dass das Oberlandesgericht die Feststellungsziele 9 (unterlassene Richtigstellung fehlerhafter Prospektangaben) und 10 (Verpflichtung zur Erteilung weiterer Informationen „vor und/oder nach Vertragsschluss“) als zulässig angesehen hat. Nach Ansicht des Senats betreffen sie nicht die **Verwendung einer öffentlichen Kapitalmarktinformation** im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG und sind daher im Musterverfahren unstatthaft. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats können **Aufklärungsfehler**, die ohne Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation begangen worden sein sollen, nicht Gegenstand eines Musterverfahrens sein.¹²²

e)

Die Klage eines **Filmfonds in Form einer Publikums-KG** auf Zahlung eines **Abfindungsfehlbetrags** gegen einen **ehemaligen Kommanditisten** gab dem II. Zivilsenat am 23. Februar 2021 Gelegenheit, sich damit zu

¹²⁰ a.a.O., Rn. 22.

¹²¹ a.a.O., Rn. 25.

¹²² a.a.O., Rn. 19 mit Bezug auf Senatsbeschluss vom 30. April 2019 – [XI ZB 13/18](#) – juris, Rn. 16; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

befassen, ob sich aus einer Neufassung des Gesellschaftsvertrags eine **Einschränkung der Verlusthaftung ausgeschiedener Kommanditisten** dahingehend ergibt, dass der von ihnen noch nicht geleistete Teil der Pflichteinlage nur bei entsprechender Einforderung durch einen **Gesellschafterbeschluss** „rückständig“ im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB sein soll.¹²³

Dies hat der Senat gegen die Vorinstanz verneint. Mit der durch die Neufassung vorausgesetzten **Beschlussfassung der Gesellschafter über die Einforderung der restlichen Einlageforderung** wird zwar nach Auffassung des Senats ein Schutz der Gesellschafter bezweckt ist. Den Interessen der Klägerin und der **in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter** widerspräche es aber nach dem Dafürhalten des Senats, wenn der Ausscheidende durch die vom Berufungsgericht angenommene Einschränkung von § 167 Abs. 3 HGB mit dem Zeitpunkt seines Ausscheidens von seiner gesamten restlichen, noch nicht durch Gesellschafterbeschluss fällig gestellten Einlageverpflichtung befreit würde. Weshalb ihn die verbleibenden Gesellschafter derart von seiner ursprünglichen Leistungszusage entbinden sollten, ist für den Senat nicht ersichtlich.¹²⁴

Die Abweisung der Klage als derzeit unbegründet hatte im Ergebnis dennoch Bestand, da entgegen einer Regelung im Gesellschaftsvertrag bislang kein **Schiedsgutachten über die Höhe des Abfindungsguthabens** eingeholt worden ist.¹²⁵

f)

Der Beschluss des XI. Zivilsenats vom 23. Februar 2021¹²⁶ befasst sich vor dem Hintergrund von § 8f Abs. 1, § 13 Abs. 1 VerkProspG in der Fassung bis zum 31. Mai 2012 mit dem Erfordernis von Angaben betref-

¹²³ BGH, Urteil vom 23. Februar 2021 – [II ZR 201/19](#) – juris, Rn. 35.

¹²⁴ a.a.O., Rn. 38.

¹²⁵ a.a.O., Rn. 39 ff.

¹²⁶ BGH, Beschluss vom 23. Februar 2021 – [XI ZB 29/19](#) – juris.

fend den **Ausbau des Panamakanals** und die mit der **Durchsetzung von Schiffsgläubigerrechten** verbundenen Risiken in einem Verkaufsprospekt, der der Beteiligung an **Einschiffgesellschaften** zugrunde liegt.

Nach der vom Senat geteilten Ansicht des im **Musterverfahren** befassten Oberlandesgerichts musste der Prospekt **keine prognostischen Angaben** zu den Folgen eines Ausbaus des Panamakanals auf die Einschiffgesellschaften mit Schiffen der **Panamax-Klasse – Wegfall ihres Wettbewerbsvorteils** aufgrund ihrer **bisher idealen Ausnutzung** des Panamakanals durch ihre Vollcontainerschiffe – enthalten. Dafür genügte dem Senat die tragende Erwägung, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Aufstellung des Prospekts lediglich über das „Ob“ des Ausbaus entschieden war, ohne dass sicher vorherzusagen war, wann es zur Fertigstellung kommen werde. Davon ausgehend ließ sich nach der Beurteilung des Senats eine negative Prognose zu den wirtschaftlichen Auswirkungen des Ausbaus auf die betroffenen Einschiffgesellschaften der Panamax-Klasse bei Aufstellung des Prospekts ebenso wenig treffen wie eine positive, vom Prospekt ebenfalls nicht mitgeteilte Prognose auf die Verbesserung der Wettbewerbssituation für die Einschiffgesellschaften der **Post-Panamax-Klasse**.¹²⁷

Ebenfalls bestätigt hat der Senat die Beurteilung des Oberlandesgerichts, dass es einer weiteren **Aufklärung über Rechte der Gläubiger von Charterern** nicht bedurfte. Ausreichend waren nach dem Dafürhalten des Senats die im Prospekt getroffenen Aussagen dazu, dass das Risiko bestehe, Vertragspartner der Einschiffgesellschaften kämen aufgrund „eingeschränkter Leistungsfähigkeit (Bonität) oder eingeschränkter Leistungsbereitschaft“ ihren Verpflichtungen nicht oder nur teilweise nach. Mit dieser allgemeinen, nicht nur auf Verpflichtungen der Vertragspartner gegenüber den Einschiffgesellschaften, sondern auch gegenüber ihren sonstigen Gläubigern bezogenen Aussage verknüpfte der Prospekt, worauf der Senat abstellt, den Hinweis, es könne im „schlechtesten Fall“

¹²⁷ a.a.O., Rn. 85.

durch den „Ausfall von Vertragspartnern“ zu einem **Totalverlust** kommen. Damit ist nach Ansicht des Senats ausreichend das Risiko beschrieben, eine unzureichende Bonität von Charterern könne aufgrund **ausländischer Rechtsordnungen** zu einer **Arrestierung der Vollcontainerschiffe** und dann unter Umständen zu deren Verlust für die Einschiffgesellschaften führen. Bei der Darstellung der im „schlechtesten Fall“ drohenden Folgen bedurfte es nach der Beurteilung des Senats **keiner Differenzierung** danach, ob sich eine mangelnde Leistungsfähigkeit oder Leistungsbereitschaft unmittelbar oder mittelbar vermögensschädlich auf die Verhältnisse der Einschiffgesellschaften auswirkte.¹²⁸ Auch eine **technische Erläuterung der rechtlichen Mechanismen**, die im Falle der mangelnden Bonität eines Charterers je nach anwendbarem Recht zu einer Verwertung des Vollcontainerschiffs durch gesellschaftsfremde Gläubiger und dann zu einem Totalverlust führen konnten, war neben der Benennung des maximalen Risikos nicht erforderlich.¹²⁹

Dies führte zur Bestätigung der Entscheidung des Oberlandesgerichts, das daneben weitere gerügte Unrichtigkeiten des Prospekts – vom Senat gebilligt – verneint hatte.¹³⁰

f)

Zur Darstellung der mit der **Fremdfinanzierung einhergehenden Risiken** im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 3 VermVerkProspV in der vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung verhält sich der Beschluss des XI. Zivilsenats vom 30. März 2021.¹³¹

Bei einem durch die Fondsgesellschaft vereinbarten **Zinsswap** handelt es sich nicht um ein spekulatives Geschäft, über dessen Risiken in dem Prospekt gesondert aufzuklären ist, wenn die Fondsgesellschaft den

¹²⁸ a.a.O., Rn. 89.

¹²⁹ a.a.O., Rn. 90.

¹³⁰ a.a.O., Rn. 63 ff.

¹³¹ BGH, Beschluss vom 30. März 2021 – [XI ZB 3/18](#) – juris.

Zinsswap (lediglich) als **Sicherungsgeschäft** im Hinblick auf den variabel verzinslichen Kredit abgeschlossen hat, d.h. – für den Anleger aus der Darstellung des Zinsswaps im Prospekt ersichtlich – mittels der Swap-Vereinbarung das variabel verzinsliche Darlehen in ein **synthetisches Festzinsdarlehen** umgewandelt hat.¹³²

Davon ausgehend ist die Darstellung der mit der **Fremdfinanzierung** einhergehenden Risiken im Prospekt ausreichend, wenn dort das Risiko einer **Insolvenz** der Fondsgesellschaft beschrieben wird und als mögliche auslösende Ereignisse Vertragsverletzungen, vorzeitige Fälligestellung der Darlehen oder außerordentliche Kündigung der Darlehen durch das finanzierende Kreditinstitut genannt werden. Sind als Grund dafür, warum diese Situationen zu einer Insolvenz führen können, unter anderem, „je nach **Zinsentwicklung am Kapitalmarkt**, hohe Vorfälligkeitsentschädigungen für die vorzeitige Auflösung der verkonditionierten Darlehensbeträge“ angegeben, wird dem Anleger dadurch nach Ansicht des Senats deutlich vor Augen geführt, dass es bei den genannten Ereignissen zu erheblichen Zahlungsverpflichtungen kommen kann und welche Folgen daraus entstehen können. Unerheblich ist dabei nach der Beurteilung des Senats, ob diese Zahlungsverpflichtungen sich aus dem Darlehensvertrag oder aus der Swap-Vereinbarung ergeben.¹³³

Dass die Fremdfinanzierung das Risiko des **Totalverlusts** mit sich bringen kann, ist im Prospekt nach dem Dafürhalten des Senats ausreichend dargestellt, wenn dort ausgeführt wird, dass es zur Zwangsverwertung des als Sicherheit dienenden Objekts kommen kann, wenn es der Fondsgesellschaft nach einer Kündigung des Darlehens durch das Kreditinstitut nicht möglich ist, das gekündigte Darlehen abzulösen, und weiter dargestellt wird, dass es nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Erlös der Zwangsverwertung nicht ausreicht, um die aufgenommenen Fremdmittel zurückzuzahlen, und dass dies die Zwangsliquidation und den

¹³² a.a.O., Rn. 49.

¹³³ a.a.O., Rn. 50.

Totalverlust der Beteiligung zur Folge haben kann. Der eventuell zu zahlende **Auflösungsbetrag bei der vorzeitigen Beendigung des Swap-Vertrags** ändert nach Ansicht des Senats **weder etwas an dem Risiko (Totalverlust)** noch der **Ursache des Risikos (Kündigung des Darlehensvertrages durch die Bank)**, so dass er nicht gesondert zu erwähnen ist.¹³⁴

Dies führte zur Bestätigung der Entscheidung des Oberlandesgerichts. Das Oberlandesgericht hat im Musterverfahren – vom Senat gebilligt – sämtliche gerügten **Prospektfehler verneint**, auch betreffend die Darstellung der durch **geplante Neubauvorhaben** von Büroflächen in demselben Marktsegment entstehende zusätzliche Konkurrenzsituation,¹³⁵ den **freihändigen Verkauf grundbuchrechtlich besicherter Immobilien** im englischen Recht,¹³⁶ die Darstellung der **Weichkosten**¹³⁷ und zur **Auszahlung des Abfindungsguthabens im Falle einer ordentlichen Kündigung**.¹³⁸

g)

Die Darstellung der mit der **Fremdfinanzierung** einhergehenden Risiken im Sinne von § 2 Abs. 2 Satz 3 VermVerkProspV in der vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung steht auch im Mittelpunkt der Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 18. Mai 2021.¹³⁹ Darüber hinaus befasst sich die Entscheidung mit der Angabe von **Verflechtungstatbeständen** im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3, § 12 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 3 VermVerkProspV in der vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung.

¹³⁴ a.a.O., Rn. 51.

¹³⁵ a.a.O., Rn. 52 ff.

¹³⁶ a.a.O., Rn. 58 ff.

¹³⁷ a.a.O., Rn. 64 ff.

¹³⁸ a.a.O., Rn. 71 ff.

¹³⁹ BGH, Beschluss vom 18. Mai 2021 - [XI ZB 19/18](#) – juris.

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 VermVerkProspV a.F. sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Risiken im Zusammenhang mit den angebotenen Vermögensanlagen einschließlich der mit einer **Fremdfinanzierung einhergehenden Risiken** in einem **gesonderten Abschnitt**, der nur diese Angaben enthält, darzustellen. Dabei ist das den Anleger treffende maximale Risiko in seiner Größenordnung zu beschreiben (§ 2 Abs. 2 Satz 4 VermVerkProspV a.F.). Für die Darstellung eines Risikos ist es erforderlich, dass der Prospekt erläutert, welches Ereignis zur Verwirklichung eines bestimmten Risikos führen kann.¹⁴⁰

Vor dem Hintergrund dieser Bestimmungen hat der Senat die Prospektangaben im Kapitel „Risiken der Vermögensanlage“ unter den Punkten „Vertragspartner“, „Risiken der Fremdfinanzierung“ und „Währungsrisiko“ als ausreichend angesehen. Schon aus der Angabe, dass die Finanzierung teilweise durch **Schiffshypothekendarlehen** erfolgt, ergibt sich für ihn, dass die **Schiffe als Sicherheiten** der Darlehen dienen. Indem ausgeführt wird, dass die Möglichkeit einer Sonderkündigung des Darlehensgebers bei Eintritt von Ereignissen besteht, die eine ordnungsgemäße Durchführung der Verträge unmöglich machen oder gefährden – beispielsweise bei Verlust eines Schiffes –, wird dem Anleger nach dem Dafürhalten des Senats deutlich, dass es bei einer Beeinträchtigung oder einem Ausfall der Sicherheit zur Kündigung des Darlehensvertrags und dadurch zu einem **Totalverlust der Einlage** kommen kann. Zur Darstellung dieses Risikos ist es nach Ansicht des Senats nicht erforderlich, **im Einzelnen den Inhalt von „Loan-to-Value“-Klauseln** in den Darlehensverträgen darzustellen. Unabhängig von deren Details besteht das Risiko weiterhin darin, dass es zu einem Totalverlust der Einlage kommen kann, weil der Darlehensnehmer die zusätzlichen Sicherheiten nicht stellen oder die Sondertilgung nicht leisten kann und die Bank deshalb den Darlehens-

¹⁴⁰ a.a.O., Rn. 54.

vertrag kündigt. Der Senat stellt darauf ab, dass sich weder an dem **Risiko noch an der Ursache des Risikos etwas ändert.**¹⁴¹

Im Hinblick auf die **Währungsrisiken** ergibt sich nach dem Dafürhalten des Senats aus den Angaben des Prospekts hinreichend deutlich, dass ein Währungsrisiko für die Zins- und Tilgungsleistungen entstehen würde, wenn die zuständigen Organe eine Valutierung eines Hypothekendarlehens in einer anderen Währung als US-Dollar beschließen sollten. Dem Anleger wird dadurch unmittelbar vor Augen geführt, dass es nicht bei einem „reinen **US-Dollar-Investment**“ bleiben muss.¹⁴² Auch wenn **von Anfang an bekannt** gewesen sein sollte, dass Umfinanzierungen und **Darlehensaufnahmen insbesondere in JPY** in Betracht kämen, war dies nach Ansicht des Senats nicht bei den Risikohinweisen ausdrücklich zu erwähnen oder zu spezifizieren.¹⁴³ Daraus ergab sich nach der Beurteilung des Senats **kein wesentlich anderes Währungsrisiko** als das angegebene und auch keine Umwandlung eines lediglich **abstrakten in ein konkretes Risiko**. Werden nämlich in einem Prospekt Risiken aufgeführt, so muss der Anleger davon ausgehen, dass mit deren Verwirklichung **ernsthaft zu rechnen** ist oder sie jedenfalls nicht nur ganz entfernt liegen. Denn nur insoweit besteht überhaupt eine Pflicht zur Aufklärung. Der allgemeine Hinweis, dass Währungsrisiken entstehen können, wenn eine Valutierung der Darlehen in eine andere Währung beschlossen werden sollte, kann daher beim Anleger kein Vertrauen darauf begründen, dass es **nur in ganz seltenen Fällen** zu einem derartigen Beschluss kommen wird oder dass sich die Geschäftsführung zu diesem Thema noch keine Gedanken gemacht hat.¹⁴⁴

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 VermVerkProspV a.F. muss der Verkaufsprospekt Angaben enthalten über den Umfang der unmittelbaren oder mittelbaren

¹⁴¹ a.a.O., Rn. 55; vgl. auch den oben behandelten Senatsbeschluss vom 30. März 2021 – [XI ZB 3/18](#) – juris, Rn. 50.

¹⁴² BGH, Beschluss vom 18. Mai 2021 – [XI ZB 19/18](#) – juris, Rn. 56.

¹⁴³ a.a.O., Rn. 57 ff.

¹⁴⁴ a.a.O., Rn. 58.

Beteiligungen der Gründungsgesellschafter an Unternehmen, die im Zusammenhang mit der Herstellung des Anlageobjekts nicht nur geringfügige Lieferungen und Leistungen erbringen. Da der Wortlaut auf eine „**Beteiligung der Gründungsgesellschafter**“ abstellt, ist es nach Ansicht des Senats erforderlich, dass der **Gründungsgesellschafter selbst** im Ergebnis einen Anteil an einem anderen Unternehmen hat. Die im Streitfall gegebene Beteiligung eines **Kommanditisten** einer der Gründungsgesellschaften an der **Verkäuferin des Anlageobjekts** unterfällt daher nicht der Regelung.

Gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 VermVerkProspV a.F. in Verbindung mit § 12 Abs. 2 Nr. 3 VermVerkProspV a.F. ist anzugeben, in welcher Art und Weise die Mitglieder der Geschäftsführung des Emittenten auch **tätig sind** für **Unternehmen, die im Zusammenhang mit der Herstellung des Anlageobjekts nicht nur geringfügige Lieferungen und Leistungen** erbringen. Hält ein Mitglied der Geschäftsführung der Emittentin **Gesellschaftsanteile** an der Verkäuferin des Anlageobjekts, muss dies nach § 12 Abs. 2 Nr. 3 VermVerkProspV a.F. jedoch nicht angegeben werden, da eine **Beteiligung** nicht von dem **Begriff der Tätigkeit** umfasst wird. Erst durch das hier noch nicht anwendbare Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 6. Dezember 2011 ist die Vorschrift des § 12 Abs. 3 VermVerkProspV eingefügt worden, wonach auch Beteiligungen anzugeben sind. Dass einer der **Geschäftsführer der Emittentin** als **Gesellschafter an der Verkäuferin des Anlageobjekts beteiligt** war, musste daher im zu beurteilenden Prospekt nicht aufgeführt werden.¹⁴⁵

Die Angaben im Prospekt genügen nach der Beurteilung des Senats auch den Anforderungen zur Angabe der **wesentlichen kapitalmäßigen Verflechtungen**.¹⁴⁶ Der Anleger entnimmt dem Prospekt, dass die Verkäuferin des Anlageobjekts einem Unternehmen, das zu den Grün-

¹⁴⁵ a.a.O., Rn. 45.

¹⁴⁶ a.a.O., Rn. 46 ff.

dungskommanditistinnen der Fondsgesellschaft zählt, **nahesteht**. Er verfügt zudem über die Information, dass die Verkäuferin keinen eigenen Geschäftsbetrieb hat, sondern Zweck der Gesellschaft der An- und Verkauf des Schiffes, also des Anlageobjekts, war. Für den Anleger ist daher nach Ansicht des Senats ersichtlich, dass bei dem Erwerb des Schiffes eine **Interessenkollision** bestand und somit das Risiko gegeben ist, dass in den Abschluss des Kaufvertrags sachfremde Erwägungen eingeflossen sind, was sich zu Lasten des Fondsvermögens auswirken und Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Anlage haben kann. Da der **Kaufvertrag bereits abgewickelt** ist und weitere Geschäftsvorgänge nicht zu erwarten sind, ist der Anleger nicht auf **detaillierte Angaben zum Näheverhältnis** angewiesen, sondern vielmehr auf die gemäß § 9 Abs. 2 VermVerkProspV a.F. anzugebenden Informationen zum Anlageobjekt, insbesondere auf die Beschreibung des Anlageobjekts (Nr. 1), die Ausweisung der Gesamtkosten (Nr. 9) und die Angaben zu erstellten Bewertungsgutachten (Nr. 7). Denn diese können ihm eine Entscheidung ermöglichen, ob er den im Prospekt mitgeteilten **Kaufpreis für das Schiff** und den ebenfalls **mitgeteilten Zwischengewinn** als **unangemessen** ansieht oder nicht.¹⁴⁷ Detaillierte Angaben zum „Näheverhältnis“ waren nach dem Dafürhalten des Senats auch nicht deshalb erforderlich, damit der Anleger beurteilen kann, ob die Fondsgesellschaft das **Anlageobjekt überteuert erworben** hat. Selbst wenn alle Umstände im Einzelnen aufgelistet worden wären, aus denen sich vorliegend das Näheverhältnis ergibt, würde dies dem Anleger nach dem Dafürhalten des Senats **keine Einschätzung darüber erlauben**, ob der **Kaufpreis angemessen** war.¹⁴⁸

Schließlich hat der Senat auch die im Prospekt enthaltenen Aussagen, nach denen durch die **Verteilung der Investition auf verschiedene Charterer und Größenklassen** eine „**Risikostreuung**“ eintreten würde, nicht als falsch oder irreführend bewertet.¹⁴⁹ Damit blieb die Rechtsbe-

¹⁴⁷ a.a.O., Rn. 47.

¹⁴⁸ a.a.O., Rn. 48.

¹⁴⁹ a.a.O., Rn. 49 ff.

schwerde des Musterklägers insgesamt ohne Erfolg. Bereits das Oberlandesgericht hatte sämtliche gerügten Prospektfehler verneint.

h)

In seinem Urteil vom 23. Februar 2021¹⁵⁰ hat der XI. Zivilsenat die **Fehlerhaftigkeit eines Prospekts** für einen **geschlossenen Immobilienfonds** bestätigt, weil in ihm nicht darüber aufgeklärt wird, dass zum Zeitpunkt seiner Herausgabe nur 566 Innenstellplätze baurechtlich genehmigt waren und für weitere (geplante) **634 Innenstellplätze und 78 Außenstellplätze keine Baugenehmigung vorlag**, und weil er bei einem durchschnittlichen Anleger den Eindruck erweckt, der Realisierung und der Vermietung der (geplanten) Kfz-Stellplätze stünden jedenfalls keine baubehördlichen Hindernisse entgegen.¹⁵¹ Der besagte Prospektfehler war bereits Gegenstand des Senatsbeschluss vom 6. Oktober 2020¹⁵² in einem Musterverfahren.

Indem die beklagte Bank den genehmigten Prospekt als Mittel der von ihr geschuldeten **Aufklärung über die Risiken** der Fondsanlage gegenüber dem Kläger verwendet hat, ohne den Prospektfehler richtig zu stellen, hat sie nach Ansicht des Senats ihre **Pflichten aus dem Beratungsvertrag verletzt**.¹⁵³ Auch die **Erkennbarkeit** des Fehlers und damit das Verschulden hat der Senat bejaht, weil der Prospekt **widersprüchliche Angaben** über den Stand der Erteilung behördlicher Genehmigungen enthält, was einer Bank nach der Beurteilung des Senats bei einer geschuldeten Prüfung mit **banküblichem kritischen Sachverstand** auffallen muss.¹⁵⁴

Die Entscheidung des Berufungsgerichts, das noch angenommen hatte, eine Fehlerhaftigkeit des Prospekts hinsichtlich des Stands der baurecht-

¹⁵⁰ BGH, Urteil vom 23. Februar 2021 – [XI ZR 191/17](#) – juris.

¹⁵¹ a.a.O., Rn. 24.

¹⁵² BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2020 – [XI ZB 28/19](#) – juris, Rn. 26 und 35; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

¹⁵³ a.a.O., Rn. 29.

¹⁵⁴ a.a.O., Rn. 30 ff.

lichen Genehmigungen für die Kfz-Stellplätze sei für die Beklagte mit zumutbarem Prüfungsaufwand nicht erkennbar gewesen, konnte danach keinen Bestand haben. Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, damit das Berufungsgericht Feststellungen dazu treffen kann, ob die Pflichtverletzung der Beklagten für die Anlageentscheidung des Klägers kausal geworden ist.

i)

Im Anschluss an ein Urteil des 1. Strafsenats vom 8. März 2017 hat der III. Zivilsenat mit Beschluss vom 28.01.2021¹⁵⁵ angenommen, dass den Betreibern eines Anlagemodells, die diesem nach der Zeichnung durch die Anleger **Kapital in erheblichem Umfang zu eigenen Zwecken entziehen**, eine **Garantenpflicht aus Ingerenz** zukommt, aus der sich die Verpflichtung ergibt, zumindest die Investoren, die noch **künftig Raten zu zahlen haben**, über die erfolgte Kapitalentziehung **aufzuklären**. Diese Aufklärungspflicht obliegt denjenigen Personen, die als Vertretungsorgane der Fondsgesellschaft beziehungsweise der diese vertretenden juristischen Personen fungieren.¹⁵⁶

Mit dieser Erwägung hat der Senat einen Anspruch der Kläger gegen die Beklagten zu 2 und 5 auf Ersatz des Schadens bejaht, der sich aus der **Weiterzahlung der Raten** auf die Beteiligung „Immorente Plus“ in den Monaten März, April und Mai 2013 ergibt.¹⁵⁷ Das folgt nach Ansicht des Senats neben dem **Betrug durch Unterlassen** auch aus **§ 826 BGB**, da sich Schädigungsbewusstsein und -wille der Beklagten bei der „**Ausplünderung**“ des Fonds zumindest bedingt auch auf dessen Anleger als mittelbar Geschädigte bezogen haben und die Schädigung im Verhältnis zu diesen ebenfalls **sittenwidrig** gewesen ist.¹⁵⁸ Den Beklagten wird vorgeworfen, dem Fonds im Jahr 2013 in erheblichem Umfang Anleger-

¹⁵⁵ BGH, Beschluss vom 28. Januar 2021 – [III ZR 157/19](#) – juris.

¹⁵⁶ a.a.O., Rn. 19.

¹⁵⁷ a.a.O., Rn. 18.

¹⁵⁸ a.a.O., Rn. 20.

gelder unter dem Vorwand einer Kaufpreiszahlung zu ihrer eigenen Verwendung entzogen zu haben. Wegen dieses Geschehens sind der Beklagte zu 5 wegen **Untreue** und die Beklagten zu 1 und 2 wegen Anstiftung zur Untreue rechtskräftig verurteilt.¹⁵⁹

Eine Grundlage für den Ersatz des mit der Klage in erster Linie eingeforderten, vor Mitte Februar 2013 entstandenen **Zeichnungsschadens** sieht der Senat hingegen nicht. Denn ein sittenwidriges oder deliktisches Handeln der Beklagten zu 2 und 5 ist nach dem eigenen Vorbringen der Kläger erst ab diesem Zeitpunkt verübt worden und deshalb für die Zeichnung der Beteiligung 2007 **nicht ursächlich** gewesen.¹⁶⁰

Ein Schadensersatzanspruch wegen der behaupteten **Wertminderung der Beteiligung** kann sich zwar – mangels täuschungsbedingter Vermögensverfügung der Kläger – nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB,¹⁶¹ nach Ansicht des Senats aber aus **§ 826 BGB** ergeben. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann auch die Schädigung des Vermögens einer (Kommandit-) Gesellschaft zu einem **Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB** führen, wenn sie gleichzeitig das **Vermögen der Gesellschafter** berührt, sich also – was bei nicht wertentsprechend ausgeglichenen Entnahmen aus dem Fondsvermögen regelmäßig anzunehmen ist – auch **nachteilig auf deren Vermögen auswirkt**. Im Hinblick auf gegenläufige Erwägungen des Berufungsgerichts stellt der Senat klar, dass es sich dabei um eigene Ansprüche der Kläger handelt. Denn **Verletzter der begangenen Untreue** ist nicht die – keine Rechtspersönlichkeit besitzende – Personenhandelsgesellschaft, auf deren Vermögen unmittelbar treuwidrig oder missbräuchlich zugegriffen wird, sondern der **Anleger** als natürliche Person, bei dem sich der Schaden **mittelbar verwirklicht**.¹⁶²

¹⁵⁹ a.a.O., Rn. 4 f.

¹⁶⁰ a.a.O., Rn. 17.

¹⁶¹ a.a.O., Rn. 21.

¹⁶² a.a.O., Rn. 22

Nach dem Dafürhalten des Senats sind die Kläger, anders als noch das Berufungsgericht angenommen hatte, (auch) in Bezug auf den aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 Abs. 1 StGB folgenden Anspruch befugt, die aus der Minderung des Gesamthandsvermögens der Fondsgesellschaft herrührende **Wertminderung ihrer Beteiligung** gerichtlich geltend zu machen und **Zahlung an sich selbst** zu verlangen.¹⁶³ Zwar schließen nach ständiger Rechtsprechung der Grundsatz der Kapitalerhaltung, die Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens und das **Gebot der Gleichbehandlung aller Gesellschafter** einen Anspruch des einzelnen Gesellschafters auf Leistung von Schadensersatz an sich persönlich wegen einer Minderung des Werts seiner Beteiligung, die aus einer Schädigung der Gesellschaft resultiert, im Regelfall aus. Vielmehr kann ein Ausgleich dieses sich nur mittelbar bei ihm realisierenden Reflexschadens allein dadurch erfolgen, dass der Gesellschafter die **Leistung von Schadensersatz an die Gesellschaft** verlangt.¹⁶⁴

Diese Grundsätze stehen der Klage auf Zahlung an sich selbst im Streitfall nach Ansicht des Senats aber nicht entgegen. Der Senat stellt maßgeblich darauf ab, dass die Kläger bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens als **mittelbare Kommanditisten** aus der Fondsgesellschaft **ausgeschieden** und dadurch ihre (indirekte) **Gesellschafterstellung verloren** haben. Damit ist nicht nur ihre Befugnis entfallen, Leistung an die Gesellschaft zu verlangen, sondern auch ihr Rechtsschutzbedürfnis für eine auf den Wertverlust ihrer vormaligen Beteiligung gestützten Klage auf Zahlung von Schadensersatz an den Fonds, zu dem sie aufgrund eines abgeschlossenen Vergleichs keine Rechtsbeziehungen mehr unterhalten. Vielmehr ist nach Ansicht des Senats **durch die Beendigung der Beteiligung ihre Berechtigung entstanden**, aufgrund ihrer eigenen Ansprüche aus § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266

¹⁶³ a.a.O., Rn. 23 ff.

¹⁶⁴ a.a.O., Rn. 24.

StGB die Zahlung von Schadensersatz für den Wertverlust ihrer vormaligen Anlage an sich selbst zu verlangen.¹⁶⁵

Nach der – auch insoweit vom Berufungsgericht abweichenden – Beurteilung des Senats haben die Kläger ihren **Wertminderungsschaden schlüssig dargelegt**. Nach der Differenzhypothese ist, wie der Senat hervorhebt, ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem haftungsbegründenden Ereignis anzustellen. Danach besteht der hier in Rede stehende Wertminderungsschaden in der **Differenz** zwischen dem **hypothetischen Wert der klägerischen Beteiligung** und ihrem **tatsächlichen Wert nach dem pflichtwidrig veranlassten Mittelabfluss** bei der Fondsgesellschaft. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze haben die Kläger nach Ansicht des Senats schlüssig dargetan, dass ihre Beteiligung **infolge des Kapitalentzugs** aus dem Fonds **vollständig wertlos** geworden ist.¹⁶⁶

Dies führte, soweit es die Beklagten zu 2 und 5 betrifft, auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin zur Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 544 Abs. 9 ZPO wegen Gehörsverletzungen. Entgegengetreten ist der Senat dem im Beschwerdeverfahren neu eingeführten Ansatz der Kläger, dass sie (auch) Ersatz des Schadens verlangen könnten, der ihnen dadurch entstanden sei, dass sie von den Beklagten über die geplante „Ausplünderung“ des Fonds nicht im Vorfeld informiert worden seien und es deshalb unterlassen hätten, ihre Kommanditanteile rechtzeitig auf dem Zweitmarkt für mindestens 70 % der Investitionssumme zu veräußern. Abgesehen davon, dass dieser neue Streitgegenstand in der Revisionsinstanz nicht mehr eingeführt werden konnte, weist der Senat darauf hin, dass die Kläger, um das Ziel zu erreichen, in diesem Stadium 70 bis 80 % ihrer gezahlten Einlagen als Kaufpreis zu Erlösen, den Erwerbern der Beteiligung gegenüber die ihnen bekannt gewordenen

¹⁶⁵ a.a.O., Rn. 25.

¹⁶⁶ a.a.O., Rn. 26.

kriminellen Pläne der Beklagten hätten verschweigen und sich damit selbst hätten unredlich verhalten müssen.¹⁶⁷

j)

Ist vorhersehbar, dass bei einem Anlagemodell die den Anlegern versprochene Rendite nicht aus den Erträgen des Anlageobjekts, sondern aus den Einlagen weiterer Anleger bedient werden wird (sogenanntes „**Schneeballsystem**“), erfüllt dies regelmäßig sowohl die Voraussetzungen einer **vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung** gemäß § 826 BGB als auch diejenigen eines **Eingehungsbetrugs** gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB.

Der Geschädigte genügt seiner **Darlegungslast** regelmäßig bereits dadurch, dass er Umstände vorträgt, die das (weitere) Betreiben eines solchen „Schneeballsystems“ als **naheliegend** erscheinen lassen. Den Gegner trifft in solchen Fällen eine **sekundäre Darlegungslast**. Er hat sich im Rahmen der ihm nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungs- pflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei zu äußern; anderenfalls gilt das Vorbringen des Geschädigten als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Das hat der III. Zivilsenat am 04. Februar 2021¹⁶⁸ entschieden.

In Fällen sogenannter Schneeballsysteme ist die **Absicht** des Täters, Anleger zu schädigen, nach der Beurteilung des Senats so **greifbar**, dass der **Sittenverstoß** unmittelbar aus dem Gegenstand der Anlage selbst abgeleitet werden kann. Denn hier hängt die Rendite der Kapitalanleger davon ab, dass fortwährend neue Anleger für das System in einem Maße gefunden werden, das aufgrund der Marktverhältnisse vernünftigerweise

¹⁶⁷ a.a.O., Rn. 27.

¹⁶⁸ BGH, Versäumnisurteil vom 4. Februar 2021 – [III ZR 7/20](#) – juris.

nicht zu erwarten ist. In diesem Fall nehmen die Betreiber, die die Marktverhältnisse kennen, Anlegerschäden **billigend in Kauf**.¹⁶⁹

Ein solches Vorgehen kann zugleich die Voraussetzungen eines **Eingehungsbetrugs** erfüllen, wenn die Anlegergelder – auch bei einem nach ordnungsgemäßer Aufklärung eingegangenen Risikogeschäft – **nicht in die avisierte Anlage investiert** werden, wo sie Gewinne abwerfen sollen, sondern stattdessen die versprochenen Ausschüttungen beziehungsweise Erträge aus den Einlagen weiterer Anleger bedient werden. Der solchermaßen getäuschte Anleger erleidet durch die Zahlung des anzulegenden Betrags einen unmittelbaren und endgültigen **Vermögensschaden in Höhe der vollen Anlagesumme**, weil die getätigte Anlage **wirtschaftlich wertlos** ist. Spätere Entwicklungen berühren den eingetretenen Schaden nicht mehr. Auch in diesem Fall liegen zumindest **bedingter Vorsatz** sowie die auf eine Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtete **Bereicherungsabsicht** nahe. Insbesondere wird der Betrugsvorsatz nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter hoffte, es werde letzten Endes alles gut gehen und das Risiko werde sich nicht realisieren.¹⁷⁰

Nach Ansicht des Senats hat der Kläger seiner ihm im Ausgangspunkt obliegenden **Darlegungslast** für die einzelnen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs¹⁷¹ genügt, indem er sich auf ein **Strafurteil** bezogen hat, in dem das vom Beklagten initiierte Schneeballsystem für den **Tatzeitraum 2009/2010** beschrieben wird, und weiter vorgetragen hat, auch zum **Zeitpunkt seiner Anlage im Jahr 2012** habe sich das Geschäftsmodell nicht wesentlich verändert, vielmehr habe die Anlagegesellschaft weiterhin nicht über werthaltige Aktivmittel verfügt und die versprochene Rendite nicht erwirtschaften können; der Beklagte habe auch nach April 2010 weiterhin ein Schneeballsystem mit der Gefahr des

¹⁶⁹ a.a.O., Rn. 16.

¹⁷⁰ a.a.O., Rn. 17.

¹⁷¹ a.a.O., Rn. 19 ff.

jederzeitigen Totalverlusts betrieben und die neuen Anlegergelder genutzt, um die Altanleger bedienen zu können.¹⁷²

Seite 57 von 72

Mangels näherer Kenntnisse von den **internen Vorgängen** bei Anlagegesellschaft musste der Kläger nach dem Dafürhalten des Senats lediglich **ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte** dafür vortragen, die eine durch den Beklagten beeinflusste **Weiterführung** des Schneeballsystems als **naheliegend** erscheinen lassen.¹⁷³ Solche Anhaltspunkte liegen nach der Beurteilung des Senats darin, dass die Anlagegesellschaft über einen beträchtlichen Zeitraum ein allein auf ein Schneeballsystem gestütztes Anlagemodell betrieben und damit **erhebliche Schulden angehäuft** hatte, die die kurzfristige Umstellung auf ein seriöses Geschäftsmodell **unrealistisch** erscheinen ließen.¹⁷⁴

Trotz des im Strafurteil referierten (angeblichen) Versuchs des Beklagten, seit Mai 2010 ein **nachvollziehbares Unternehmenskonzept** in Form der unternehmerischen Beteiligung an verschiedenen Geothermie-Projekten zu schaffen, durfte nach Ansicht des Senats vom Kläger in diesem Verfahrensstadium nicht die Darlegung weiterer tatsächlicher Anhaltspunkte zur Substantiierung seiner Behauptungen verlangt werden. Vielmehr wäre es Sache des Beklagten gewesen, eine **qualifizierte Gegendarstellung** abzugeben, wieso er in berechtigter Weise glauben durfte, mit dem Wechsel des Geschäftsmodells eine **grundsätzliche Wende in der bisher betriebenen Geschäftspolitik** erreicht zu haben. Er hätte mithin nach dem Dafürhalten des Senats die **geplanten Investitionen** in die Geothermie-Projekte, die insoweit vorgesehenen **Geldflüsse**, den Zeitpunkt und die Höhe der **bei seriöser Kalkulation zu erwartenden Renditen** und deren geplante **Verteilung auf Alt- und Neugläubiger** näher erläutern müssen.¹⁷⁵

¹⁷² a.a.O., Rn. 25.

¹⁷³ a.a.O., Rn. 25.

¹⁷⁴ a.a.O., Rn. 26.

¹⁷⁵ a.a.O., Rn. 27.

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung zu weiterer Sachaufklärung. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, dem Kläger sei der erforderliche Vollbeweis der Voraussetzungen eines Betruges durch den Beklagten nicht gelungen, weil für den streitgegenständlichen Anlagezeitpunkt, der nach dem von dem Strafurteil erfassten Zeitraum liege, keine entsprechenden Feststellungen getroffen werden könnten, zumal es dem Strafurteil zufolge ab Mai 2010 einen Wechsel des Geschäftsmodells gegeben habe. Damit hat das Berufungsgericht nach der Beurteilung des Senats die Anforderungen, die an die Substanz des Klägervortrags zu stellen sind, überspannt und die sekundäre Darlegungslast des Beklagten nicht berücksichtigt.¹⁷⁶

k)

Im Zuge einer Nichtzulassungsbeschwerde lag dem III. Zivilsenat die Frage vor, ob in dem **Kauf von Containern** und deren anschließender **Vermietung** ein **Einlagegeschäft** im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 KWG oder ein Geschäft mit **rückzahlbaren Geldern des Publikums** im Sinne des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2013/36/EU zu sehen ist, das der **Aufsicht der BaFin** unterliegt. Der Senat hat den Charakter des **Containerinvestments** als Einlagengeschäft mit Beschluss vom 29. April 2021¹⁷⁷ nach beiden Vorschriften **verneint**.

Ob rückzahlbare Gelder im Sinne der Richtlinie auch dann vorliegen, wenn zwar kein vertraglicher Rückzahlungsanspruch besteht, der Anleger aber gleichwohl mit der **als sicher dargestellten Erwartung der Rückzahlung** geworben wurde, musste der Senat nicht beantworten. Denn nach den Feststellungen ist dem Kläger nicht zugesagt worden, die Container würden zu einem bestimmten **(Mindest-) Preis** zurückgekauft. Weder dem Verkaufsprospekt noch den weiteren vom Kläger vorgelegten Unterlagen war nach Ansicht des Senats zu entnehmen, dass er mit dem

¹⁷⁶ a.a.O., Rn. 13 ff.

¹⁷⁷ BGH, Beschluss vom 29. April 2021 – [III ZR 41/20](#) – juris, Rn. 2.

Versprechen einer nicht nur prognostizierten, sondern als sicher zu erwartenden Rückzahlung in Höhe des Anlagebetrages geworben worden wäre.¹⁷⁸

6. Factoring/Leasing

Ein **Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung** erfüllt **nicht** die von § 506 Abs. 2 BGB (in der oben genannten, auch heute noch geltenden Fassung) erforderlichen Voraussetzungen an eine **sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe bei Nutzungsverträgen**.

Die Vorschrift des § 506 Abs. 2 BGB trifft eine **abschließende Regelung** dazu, bei welchen Fallgestaltungen sonstige entgeltliche Finanzierungshilfen im Sinne des § 506 Abs. 1 BGB (hier in der Fassung vom 20. September 2013) im Bereich von Nutzungsverträgen anzunehmen sind. Eine ergänzende Heranziehung des § 506 Abs. 1 BGB (hier in der Fassung vom 20. September 2013) auf von § 506 Abs. 2 BGB nicht erfasste Leasingverträge (insbesondere Leasingverträge mit Kilometerabrechnung) verbietet sich. § 506 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB (in der oben genannten, auch heute noch geltenden Fassung) ist **nicht analog** auf Leasingverträge mit Kilometerabrechnung anzuwenden. Ein **Widerrufsrecht des Leasingnehmers** nach §§ 495, 355 BGB besteht demnach bei solchen Leasingverträgen **nicht**.

Das hat der VIII. Zivilsenat am 24. Februar 2021¹⁷⁹ entschieden.

Die Vorschrift des § 506 Abs. 1 BGB a.F. (heute ebenfalls § 506 Abs. 1 BGB, allerdings in veränderter Fassung) billigte einem Verbraucher ein **Widerrufsrecht nach § 355 BGB** bei Verträgen zu, durch die ein Unter-

¹⁷⁸ a.a.O., Rn. 2.

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 24. Februar 2021 – [VIII ZR 36/20](#) – juris.

nehmer einem Verbraucher einen entgeltlichen Zahlungsaufschub oder eine **sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe** gewährte. Für Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über die entgeltliche Nutzung eines Gegenstands bestimmte § 506 Abs. 2 Satz 1 BGB (inhaltlich identisch mit heutiger Fassung, daher im Folgenden [aF]) im Wege einer enumerativen Aufzählung, unter welchen Voraussetzungen diese als entgeltliche Finanzierungshilfe (im Sinne des Abs. 1) gelten sollten. Eine ein Widerrufsrecht auslösende entgeltliche Finanzierungshilfe sollte danach bei den genannten Nutzungsverträgen gegeben sein, wenn entweder der Verbraucher zum Erwerb des Gegenstands verpflichtet war (Nr. 1), wenn der Unternehmer vom Verbraucher den Erwerb des Gegenstands verlangen konnte (Nr. 2) oder wenn der Verbraucher bei Beendigung des Vertrags für einen bestimmten Wert des Gegenstands einzustehen hatte (Nr. 3).¹⁸⁰

Bei einem **Kilometerleasingvertrag ohne Restwertgarantieverpflichtung** sind diese Voraussetzungen nicht gegeben. Die Mehr-oder Minderkilometerabrechnung bedeutet keine Einstandspflicht für einen bestimmten Wert des Fahrzeugs, die nach Ansicht des Senats laut Gesetzesbegründung nur dann gegeben ist, wenn im Vertrag eine feste Zahl vereinbart ist.¹⁸¹

Nach der Rechtsansicht des Senats ist ein Kilometerleasingvertrag auch nicht als **außerhalb der Tatbestände** des § 506 Abs. 2 Satz 1 BGB [a.F.] anzusiedelnde **Finanzierungshilfe im Sinne des § 506 Abs. 1 BGB a.F.** einzuordnen. Einem Rückgriff auf diese Vorschrift stehen für den Senat, wie er eingehend begründet, der Wortlaut des § 506 Abs. 2 Satz 1 BGB [a.F.], die Gesetzssystematik und die in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Erwägungen entgegen.¹⁸² Wie der Senat den Materialien entnimmt, soll die Vorschrift des § 506 Abs. 2 Satz 1 BGB [a.F.] sicherstellen, Finanzierungshilfen von bloßen – nicht in den Anwendungsbereich

¹⁸⁰ a.a.O., Rn. 21.

¹⁸¹ a.a.O., Rn. 24.

¹⁸² a.a.O., Rn. 25.

fallenden – **entgeltlichen Gebrauchsüberlassungsverträgen**, also von Verträgen, für die der Verbraucher nur für eine Nutzung auf Zeit haftet, **abzugrenzen**.¹⁸³ Deshalb hat er die frühere Regelung, die gesetzlich nicht definierte Finanzierungsleasingverträge als sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe im Sinne des damaligen § 499 Abs. 1 BGB einordnete, durch eine Bestimmung abgelöst, welche die einzelnen Fälle, in denen nun (Finanzierungs-) Leasingverträge als entsprechende Finanzhilfen zu bewerten waren (beziehungsweise heute noch sind), erstmals **enumerativ und trennscharf** aufführte.¹⁸⁴

Danach scheidet für den Senat auch eine **analoge** Anwendung des § 506 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB [a.F.] auf Kilometerleasingverträge aus.¹⁸⁵ Denn die vom Gesetzgeber gezogene Trennlinie zu bloßen entgeltlichen Gebrauchsüberlassungsverträgen verläuft nicht anhand dessen, dass die **Vollamortisation einkalkuliert** ist, sondern danach, ob der Verbraucher einen bereits im Vertrag konkret festgelegten **Restwert garantiert**, hierfür also **uneingeschränkt haftet**.¹⁸⁶ Dies ist bei Kilometerleasingverträgen nach dem Dafürhalten des Senats nicht der Fall. Denn der Verbraucher hat dort gerade nicht, wie bei einer Restwertgarantie, in jeder Hinsicht für die Vollamortisation einzustehen, da er nicht das Risiko trägt, dass sich der vom Leasinggeber bei vertragsgemäßigem Zustand der zurückgegebenen Leasingssache kalkulierte Wert auch verwirklichen lässt.¹⁸⁷ Vor diesem Hintergrund kann nach Ansicht des Senats aus dem Umstand, dass Kilometerleasingverträge im Gesetzgebungsverfahren keine gesonderte Erwähnung gefunden haben, nicht auf einen übergreifenden Regelungsplan des Gesetzgebers dahin geschlossen werden, alle bislang vom Bundesgerichtshof als Finanzierungsleasingverträge im Sinne des Verbraucherkreditrechts eingestufteten Vertragsverhältnisse – und damit

¹⁸³ a.a.O., Rn. 27 ff.

¹⁸⁴ a.a.O., Rn. 35.

¹⁸⁵ a.a.O., Rn. 37.

¹⁸⁶ a.a.O., Rn. 49 ff.

¹⁸⁷ a.a.O., Rn. 66.

auch Kilometerleasingverträge – **weiterhin diesem Schutz zu unterstellen**.¹⁸⁸

Damit besteht ein **gesetzliches** Widerrufsrecht des Leasingnehmers bei Leasingverträgen mit Kilometerabrechnung nicht.¹⁸⁹

Ein **vertragliches** Widerrufsrecht lehnt der Senat ebenfalls ab.¹⁹⁰ Der Widerrufsinformation lässt sich nach Ansicht des Senats bei der gebotenen objektiven Auslegung aufgrund der Überschrift „Widerrufsinformation“ und der Anknüpfung an die „Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB“ unmissverständlich entnehmen, dass ein eigenständiges, von den gesetzlichen Vorgaben losgelöstes vertragliches Widerrufsrecht nicht begründet werden sollte.¹⁹¹

Davon abgesehen ist, die Vereinbarung eines eigenständigen vertraglichen Widerrufsrechts unterstellt, nach dem Dafürhalten des Senats davon auszugehen, dass die vorgesehene **Widerrufsfrist** von zwei Wochen **ab Vertragsschluss** und nicht erst mit Erteilung der „Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB“ zu laufen begonnen hätte und damit zum Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufsrechts **längst verstrichen** gewesen wäre.¹⁹² Denn in den Fällen, in denen ein Unternehmer einem Verbraucher, ohne hierzu gesetzlich verpflichtet zu sein, ein Widerrufsrecht eingeräumt hat, bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **konkreter Anhaltspunkte** in der getroffenen Vereinbarung dafür, dass zwar das Widerrufsrecht als solches von den gesetzlichen Voraussetzungen unabhängig sein soll, die für die Ausübung des Widerrufsrechts **vereinbarte Frist** gleichwohl nur dann in Gang gesetzt werden soll, wenn der

¹⁸⁸ a.a.O., Rn. 60 ff.

¹⁸⁹ a.a.O., Rn. 20 ff.

¹⁹⁰ a.a.O., Rn. 68 ff.

¹⁹¹ a.a.O., Rn. 74.

¹⁹² a.a.O., Rn. 76.

Unternehmer dem Verbraucher zusätzlich eine Belehrung erteilt hat, die den **Anforderungen für ein gesetzliches Widerrufsrecht** entspricht.¹⁹³

Dies führte zur Bestätigung des Berufungsgerichts, das ein Widerrufsrecht des Klägers ebenfalls verneint hatte.

7. Geldwäsche

In seinem Urteil vom 20. April 2021¹⁹⁴ hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zu den Anforderungen an die **Identitätsüberprüfung** eines für unbekannt-
te Erben tätigen **Nachlasspflegers** gemäß § 12 Abs. 1, § 13 Abs. 1 GwG
Stellung zu nehmen.

Nach dem **Geldwäschegesetz** (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG) ist die mit einem
Antrag auf Kontoauflösung und Überweisung des Kontoguthabens
konfrontierte Bank vor der Auszahlung des Guthabens zur **Identifizierung
des Nachlasspflegers** als für die Erben auftretende Person verpflich-
tet.¹⁹⁵ Dies gilt ungeachtet dessen, dass es sich bei der zu identifizieren-
den Person um einen gerichtlich bestellten Nachlasspfleger handelt.
Bestimmte Erleichterungen auf der Grundlage eines **steuerrechtlichen
Anwendungserlasses** gelten nur für die Pflichten aus § 154 AO, sind
aber mangels Ermächtigungsgrundlage nicht auf die Pflichten aus dem
Geldwäschegesetz übertragbar.¹⁹⁶

Die gemäß § 12 Abs. 1 und 3, § 13 GwG durchzuführende Überprüfung
der Identität einer natürlichen Person kann nach Ansicht des Senats nicht
anhand der Übersendung einer **notariell beglaubigten Ablichtung des**

¹⁹³ a.a.O., Rn. 75.

¹⁹⁴ BGH, Urteil vom 20. April 2021 – [XI ZR 511/19](#) – juris.

¹⁹⁵ a.a.O., Rn. 15 ff.

¹⁹⁶ a.a.O., Rn. 18 f.

Personalausweises durch den Nachlasspfleger durchgeführt werden.¹⁹⁷ Vielmehr setzt § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG voraus, dass dem Verpflichteten der **Ausweis im Original von der zu identifizierenden Person vorgelegt** wird.¹⁹⁸ Die in einer früheren Gesetzesfassung vorgesehene Möglichkeit der Überprüfung der Identität eines nicht persönlich anwesenden Vertragspartners anhand einer beglaubigten Kopie eines Personalausweises wurde ersatzlos gestrichen. Deshalb kann die Übersendung einer notariell beglaubigten Kopie des Personalausweises auch nicht als **sonstiges Verfahren** im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 2 GwG begriffen werden (wie der elektronische Identitätsnachweis nach § 18 Personalausweisgesetz oder das Videoidentifizierungsverfahren), weil dieses Vorgehen **kein gleichwertiges Sicherheitsniveau** aufweist.¹⁹⁹

An diesen formalen Anforderungen ändert es nach der Beurteilung des Senats nichts, dass der Nachlasspfleger zusätzlich die **Bestellungsurkunde** vorgelegt hat²⁰⁰ sowie dass die zu identifizierende Person gerichtlich bestellter Nachlasspfleger und Rechtsanwalt ist.²⁰¹ Nach dem „Know Your Customer Prinzip“ muss sich die Bank ferner nicht darauf verweisen lassen, dass der Nachlasspfleger bei Eröffnung des Treuhandkontos durch eine andere Bank identifiziert wurde.²⁰²

Ein Anspruch des klagenden Nachlasspflegers auf Auszahlung des Kontoguthabens besteht somit **derzeit** nicht, weil dieser nicht wie erforderlich bei der Überprüfung seiner Identität mitgewirkt hat, so dass die Beklagte mit der Auszahlung des Guthabens gegen § 10 Abs. 9 Satz 1 GwG verstoßen würde.²⁰³ Der Kläger hatte neben der Bestellungsurkunde lediglich eine **notariell beglaubigte Kopie seines Personalausweises** übermittelt, was nach dem Gesagten nicht ausreichend war. Dies führte

¹⁹⁷ a.a.O., Rn. 21 ff.

¹⁹⁸ a.a.O., Rn. 22.

¹⁹⁹ a.a.O., Rn. 24 ff.

²⁰⁰ a.a.O., Rn. 27 ff.

²⁰¹ a.a.O., Rn. 35 ff.

²⁰² a.a.O., Rn. 36.

²⁰³ a.a.O., Rn. 13 f.

zur Bestätigung des Berufungsurteils, dass die Rechtslage im Ergebnis übereinstimmend beurteilt hatte.

8.-9. Bankenaufsicht, Steuerliche Bezüge

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

10. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

a)

In seinem Urteil vom 17. November 2020²⁰⁴ hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zu den Anforderungen Stellung zu nehmen, die

(a) die **Mitglieder einer qualifizierten Einrichtung** nach § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ZPO erfüllen müssen und die

(b) eine **qualifizierte Einrichtung** nach § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ZPO erfüllen muss.

Parallel dazu verhält sich ein Beschluss vom 17. November 2021²⁰⁵ zu den Anforderungen, die nach § 607 Abs. 2 i.V.m. § 606 Abs. 2 Satz 1 ZPO für die **öffentliche Bekanntmachung einer Musterfeststellungsklage** erfüllt sein müssen.

Qualifizierte Einrichtungen, denen die Befugnis zur Musterfeststellungsklage zukommt, sind die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Unterlassungsklagengesetzes bezeichneten Stellen, die die Voraussetzungen des § 606

²⁰⁴ BGH, Urteil vom 17. November 2020 – [XI ZR 171/19](#) – juris.

²⁰⁵ BGH, Beschluss vom 17. November 2020 – [XI ZB 1/19](#) – juris.

Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 5 ZPO erfüllen und damit unter anderem als Mitglieder **mindestens 350 natürliche Personen** haben (Nr. 1) und in Erfüllung ihrer satzungsmäßigen Aufgaben Verbraucherinteressen **weitgehend durch nicht gewerbsmäßige aufklärende oder beratende Tätigkeiten** wahrnehmen (Nr. 3).

Zu den Mitgliedern nach § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ZPO gehören nur solche Verbände und natürliche Personen, die kraft der ihnen organschaftlich zustehenden Rechte in relevanter Weise auf das Verhalten und die Geschicke des Vereins **Einfluss nehmen** können. Die Möglichkeit, in dieser Weise Einfluss zu nehmen, setzt nach dem Dafürhalten des Senats ein **Stimmrecht auf den Versammlungen** des Vereins voraus. **Internetmitglieder** des Musterklägers, die kein Stimmrecht haben, sind daher bei der Berechnung der Mitgliederzahl nicht mitzuzählen.²⁰⁶ Dieser gegenüber dem Vereinsrecht engere Mitgliederbegriff rechtfertigt sich nach Ansicht des Senats aus dem Zweck der Mitgliederzahl, sicherzustellen, dass deren **Willensbildung in den Versammlungen** für eine fortlaufend sachgerechte **an Verbraucherinteressen orientierte Aufgabenerfüllung** des Vereins Sorge trägt.²⁰⁷

Das Erreichen der vorgeschriebenen Mitgliederzahl kann durch die Vorlage einer **anonymisierten Mitgliederliste** grundsätzlich **nicht** dargetan werden. Um für Gericht und Prozessgegner eine Überprüfung zu ermöglichen, hat der Musterkläger die Identität seiner Mitglieder vielmehr regelmäßig offenzulegen.²⁰⁸

Entscheidend für die Erfüllung der Anforderungen nach § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ZPO ist nach dem Dafürhalten des Senats, dass der Verbraucherschutz, der durch die von der qualifizierten Einrichtung tatsächlich

²⁰⁶ BGH, Urteil vom 17. November 2020 – [XI ZR 171/19](#) – juris, Rn. 18; Beschluss vom 17. November 2020 – [XI ZB 1/19](#) – juris, Rn. 18.

²⁰⁷ BGH, Urteil vom 17. November 2020 – [XI ZR 171/19](#) – juris, Rn. 19; Beschluss vom 17. November 2020 – [XI ZB 1/19](#) – juris, Rn. 19.

²⁰⁸ BGH, Urteil vom 17. November 2020 – [XI ZR 171/19](#) – juris, Rn. 20 ff.; Beschluss vom 17. November 2020 – [XI ZB 1/19](#) – juris, Rn. 20 ff.

ausgeübten Tätigkeiten erzielt wird, bei einer **wertenden Gesamtbetrachtung** ganz maßgebend auf eine **nicht gewerbsmäßige Aufklärung oder Beratung** zurückzuführen ist und der (außer)gerichtlichen Geltendmachung von Verbraucherinteressen nur eine untergeordnete Rolle daneben zukommt. Bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung ist dem mit den verschiedenen Tätigkeiten verbundenen Personal- und Zeitaufwand indizielle Bedeutung beizumessen, wobei auch der im Zusammenhang mit dem Betreiben von gerichtlichen Verfahren entstehende externe Aufwand zu berücksichtigen ist. Darüber hinaus ist das Verhältnis der Einnahmen aus den Mitgliedsbeiträgen einerseits und der Einnahmen aus der (außer)gerichtlichen Geltendmachung von Verbraucherinteressen in Form von Abmahnpauschalen und Vertragsstrafen andererseits als Indiz heranzuziehen. Übersteigen die durch Abmahnpauschalen und Vertragsstrafen erzielten Einnahmen die eingenommenen Mitgliedsbeiträge um ein Vielfaches, spricht dies im Rahmen der wertenden Gesamtbetrachtung dafür, dass die (außer-) gerichtliche Geltendmachung von Verbraucherinteressen beim Schutz der Verbraucher vor unredlichen Geschäftspraktiken keine nur untergeordnete Rolle spielt.²⁰⁹

Nach diesen Maßstäben **verfehlt** der Musterkläger im Verfahren XI ZR 171/19 die an die **Klagebefugnis** zu stellenden Anforderungen. Zum einen verfügt er nur über 148 stimmberechtigte Mitglieder.²¹⁰ Zum anderen besteht seine Tätigkeit **ganz überwiegend** darin, durch Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Kreditinstituten Rechtsverstöße zu identifizieren, die betreffenden Institute mit anwaltlicher Hilfe **abzumahn**en und die Fehlerhaftigkeit der Geschäftsbedingungen anschließend gerichtlich durchzusetzen, soweit die betreffenden Institute keine Unterlassungserklärungen abgeben. Dabei erzielt er nach eigener Darstellung **erhebliche Einnahmen aus Abmahnpauschalen und Vertragsstrafen**,

²⁰⁹ BGH, Urteil vom 17. November 2020 – [XI ZR 171/19](#) – juris, Rn. 27 ff.; Beschluss vom 17. November 2020 – [XI ZB 1/19](#) – juris, Rn. 27 ff.

²¹⁰ BGH, Urteil vom 17. November 2020 – [XI ZR 171/19](#) – juris, Rn. 17 ff.

die nach der Berechnung des Senats die Einnahmen aus Mitgliedsbeiträgen **um ein Vielfaches übersteigen**.²¹¹

Dies führte im Verfahren XI ZR 171/19 zur Bestätigung des Oberlandesgerichts, das die Musterklage **mangels Klagebefugnis** als **unzulässig** zurückgewiesen hatte.

Aus den gleichen Gründen hat der Senat im Verfahren XI ZB 1/19 die **öffentliche Bekanntmachung der Musterfeststellungsklage** im **Klagesregister** abgelehnt. Die öffentliche Bekanntmachung einer Musterfeststellungsklage ist durch Beschluss abzulehnen, wenn die **Klageschrift** die nach § 607 Abs. 2 i.V.m. § 606 Abs. 2 Satz 1 ZPO vorgeschriebenen **Anforderungen nicht erfüllt**. Dies ist nach Ansicht des Senats wegen der verfehlten Zahl stimmberechtigter Mitglieder und der gewerbsmäßigen Abmahntätigkeit der Fall.²¹² Auch im Verfahren XI ZB 1/19 hatte die Entscheidung des Oberlandesgerichts danach Bestand.

b)

Ein **Vorlagebeschluss** wird spätestens mit seinem **Eingang beim Oberlandesgericht wirksam**. Das hat der II. Zivilsenat in prozessualer Hinsicht in seinem bereits oben vorgestellten Beschluss vom 17. Dezember 2020²¹³ entschieden.

Insbesondere hängt die Wirksamkeit des Vorlagebeschlusses nach Auffassung des Senats **nicht** von dessen **Mitteilung** an die Musterbeklagte zu 1 oder weitere Verfahrensbeteiligte gemäß § 3 Abs. 1 EGZPO, § 329 Abs. 2 Satz 1 ZPO ab. Zwar ist der Vorlagebeschluss nach diesen Vorschriften ungeachtet der öffentlichen Bekanntmachung von Erlass und Datum des Vorlagebeschlusses nach § 4 Abs. 3 KapMuG a.F. an die Parteien der nach § 3 KapMuG a.F. unterbrochenen Verfahren mitzutei-

²¹¹ a.a.O., Rn. 29 ff.

²¹² BGH, Beschluss vom 17. November 2020 - [XI ZB 1/19](#) – juris, Rn. 13 ff.

²¹³ BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 – [II ZB 31/14](#) – juris.

len. Der Vorlagebeschluss wird aber **unabhängig von dieser Mitteilung** spätestens mit dem **Eingang des Vorlagebeschlusses beim Oberlandesgericht** wirksam.²¹⁴ Der Vorlagebeschluss dient der Herbeiführung einer Entscheidung des im Rechtszug übergeordneten Oberlandesgerichts und unterliegt nicht der Anfechtung (§ 4 Abs. 1 Satz 2 KapMuG a.F.). Seine bestimmungsgemäße Rechtsfolge, nämlich die Begründung der Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über das Feststellungsziel, tritt deshalb nach dem Dafürhalten des Senats spätestens mit dem Eingang des Vorlagebeschlusses beim Oberlandesgericht ein.²¹⁵

Damit erledigt sich nach Auffassung des Senats die Rüge des Verstoßes gegen den **gesetzlichen Richter**, die mit der Begründung geführt wurde, der Vorlagebeschluss sei erst im Laufe des Jahres 2011 durch öffentliche Bekanntmachung existent bzw. wirksam geworden und deshalb sei auf Grundlage des **Geschäftsverteilungsplans** des Oberlandesgerichts für das Jahr 2011 ein anderer Zivilsenat des Oberlandesgerichts München für die Durchführung und Entscheidung des Musterverfahrens zuständig gewesen.²¹⁶

Prozessrechtliche Besonderheiten des Musterverfahrens betreffen ferner folgende Erwägungen des Senats:

§ 21 Abs. 1 Satz 1 KapMuG spricht dem Musterkläger die Stellung des Musterrechtsbeschwerdeführers ohne Rücksicht darauf zu, ob neben ihm Beigeladene Rechtsbeschwerde eingelegt haben, so dass **stets nur ein Rechtsbeschwerdeverfahren** mit nur **einem Musterrechtsbeschwerdeführer** in Gang gesetzt wird. Wie der Senat nunmehr klarstellt, gelten diese für den Beigeladenen geltenden Grundsätze für **Musterbeklagte, die nicht zum Rechtsbeschwerdeführer bestimmt wurden**, entsprechend. Dies entspricht seiner Ansicht nach der Gesetzessystematik und

²¹⁴ a.a.O., Rn. 48.

²¹⁵ a.a.O., Rn. 52.

²¹⁶ a.a.O., Rn. 45; 53.

der darin vorgesehenen **Bündelung der Rechtsmittel**. Soweit die bisherige Rechtsprechung des Senats dahin verstanden werden kann, dass von mehreren selbstständigen Rechtsmitteln auszugehen ist, hält der Senat daran nicht fest.²¹⁷

Dies hat zur Folge, dass der Senat die **später eingelegten** Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten zu 2 und 3 als solche nicht mehr berücksichtigt, sondern in einen **Beitritt** zur Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten zu 1 umdeutet. Die Musterbeklagte zu 1 hatte bereits zuvor Rechtsbeschwerde eingelegt und war daher gemäß § 21 Abs. 3 Satz 1 KapMuG zur Musterrechtsbeschwerdeführerin zu bestimmen.²¹⁸

Der erkennende Senat sieht darin eine **Abweichung von der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats**, war aber an einer Vorlage an den Großen Senat nach § 132 GVG gehindert, weil die streitige Frage vorliegend lediglich die Begründung der Entscheidung, nicht jedoch deren **Ergebnis** beeinflusst. Die eigene Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten zu 2 und 3 hätte im vorliegenden Fall nach Ansicht des Senats nichts bewirkt, was diese nicht auch durch ihren den Beitritt gemäß § 20 Abs. 2, Abs. 3 KapMuG erreichen konnten. Insbesondere hat der Senat keine Erklärungen und Handlungen der Beigetretenen gemäß § 20 Abs. 4 Satz 2, § 14 Satz 2 KapMuG unberücksichtigt gelassen, weil diese mit denen der Musterrechtsbeschwerdeführer in Widerspruch stehen.²¹⁹

c)

Ein Verfahren kann **nicht nur teilweise im Hinblick auf Feststellungsziele ausgesetzt** werden, die die **Zulässigkeit der Klage** betreffen.

Nach einer Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf ein die Zulässigkeit der Klage betreffendes Feststellungsziel und der Entscheidung über

²¹⁷ BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 - [II ZB 31/14](#) – juris, Rn. 31 ff.

²¹⁸ a.a.O., Rn. 29 ff.; Rn. 41 ff.

²¹⁹ a.a.O., Rn. 38 ff.

dieses Feststellungsziel durch einen **nicht rechtskräftigen Teilmusterentscheid**, kann **nicht entsprechend § 280 Abs. 2 Satz 2 ZPO eine Verhandlung in der Hauptsache** erfolgen.

Das hat der II. Zivilsenat am 04. Mai 2021²²⁰ in einem weiteren Beschluss im Zusammenhang mit dem Musterverfahren um die Verletzung von Mitteilungspflichten über **Insiderinformationen** im Zusammenhang mit dem sogenannten **VW-Abgasskandal** entschieden.²²¹

Obwohl § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG hierzu keine Regelung enthält, sieht es der Senat als allgemein anerkannt an, dass sich die **Aussetzung** des Verfahrens nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG auf einen **Teil des Rechtsstreits** beziehen kann, insbesondere wenn in den Fällen einer objektiven und/oder subjektiven Klagehäufung das Musterverfahren nicht für alle Klageanträge bzw. Prozessrechtsverhältnisse vorgreiflich ist. Dem stimmt der Senat für diejenigen Fälle zu, in denen über den Teil des Rechtsstreits, der von der Aussetzung nicht betroffen ist, durch **Teilurteil (§ 301 Abs. 1 ZPO)** entschieden werden kann oder über den gemäß **§ 145 Abs. 1 Satz 1 ZPO in einem getrennten Prozess verhandelt** werden kann.²²² Die Aussetzung eines Rechtsstreits **beschränkt auf die Klärung einer Zulässigkeitsvoraussetzung** in einem Musterverfahren lehnt der Senat hingegen ab. Seiner Ansicht nach folgt dies aus dem grundsätzlichen **Vorrang der Zulässigkeits- vor der Begründetheitsprüfung**.²²³

Eine **Verhandlung in der Hauptsache** kann nach einer Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf ein die Zulässigkeit der Klage betreffendes Feststellungsziel und der Entscheidung über dieses Feststellungsziel durch einen **Teilmusterentscheid** auch **nicht entsprechend § 280**

²²⁰ BGH, Beschluss vom 4. Mai 2021 – [II ZB 30/20](#) – juris.

²²¹ vgl. zur örtlichen Zuständigkeit und der Qualifikation von Rechtsfragen im Zusammenhang mit der örtlichen Zuständigkeit als taugliche Gegenstände eines Feststellungsziels BGH, Beschluss vom 21. Juli 2020 – [II ZB 19/19](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

²²² BGH, Beschluss vom 4. Mai 2021 – [II ZB 30/20](#) – juris, Rn. 10.

²²³ a.a.O., Rn. 11.

Abs. 2 Satz 2 ZPO erfolgen.²²⁴ Die Voraussetzungen einer Analogie sieht der Senat nicht als gegeben an.²²⁵ Vielmehr würde seiner Ansicht nach das mit dem Musterverfahren verfolgte Ziel der **Prozessökonomie** unterlaufen, wenn das Prozessgericht schon im Hinblick auf **vorläufige Ergebnisse** des Musterverfahrens erneut mit der Sache befasst werden könnte, ohne dass damit ein wesentlicher Effekt für die Beschleunigung des Verfahrens verbunden wäre.²²⁶

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Beschwerdegericht hatte eine beschränkte Aussetzung hinsichtlich der Feststellungsziele, die nur die Zuständigkeit des Prozessgerichts betreffen, noch für möglich gehalten und nach einer nicht rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsziele zur Auslegung des § 32b ZPO durch Teilmusterentscheid die Prüfung durch das Landgericht angeordnet, ob das Ausgangsverfahren in analoger Anwendung des § 280 Abs. 2 Satz 2 ZPO fortsetzen sei. Nach der diese Rechtsansichten verwerfenden Entscheidung des Senats bleibt es nunmehr bei der Aussetzung, bis die **Wiederaufnahme** des Verfahrens nach § 22 Abs. 4 KapMuG, § 250 ZPO durch Einreichung des **inzwischen rechtskräftigen Musterentscheids** und Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt, aus dem sich der Wille zur Fortführung des Rechtsstreits ergibt.²²⁷

Karlsruhe, den 28. September 2021

Dr. Peter Rädler

Dr. Katja Lembach

²²⁴ a.a.O., Rn. 12 ff.

²²⁵ a.a.O., Rn. 14 ff.

²²⁶ a.a.O., Rn. 19.

²²⁷ a.a.O., Rn. 23.