

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 1. Halbjahr 2016

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

Nachstehend haben wir für Sie die im 1. Halbjahr 2016 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst¹. Berücksichtigt sind die bis zum 30. Juli 2016 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 1. Halbjahr 2016 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.

1.

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

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

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](#)“.

2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

a)

Mit Beschluss vom 12. Januar 2016² hatte der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen des **Widerrufs von Verbraucherdarlehensverträgen in Altfällen** zu bekräftigen, in denen § 357a BGB noch keine Anwendung findet. Bereits in einem die Zurückweisung von Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Nichtzulassungsbeschwerde betreffenden Beschluss vom 22. September 2015³ hatte es der Senat als durch die bisherige Rechtsprechung geklärt angesehen, dass der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer außerhalb des Anwendungsbereichs des neuen § 357a BGB, der nach Art. 229 § 32 Abs. 1 EGBGB erst für ab dem 13. Juni 2014 geschlossene Verbraucherdarlehensverträge gilt, gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB die **Herausgabe bereits erbrachter Zins- und Tilgungsleistungen** und gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB die **Herausgabe von Nutzungersatz** wegen der (widerleglich) vermuteten Nutzung der bis zum Wirksamwerden des Widerrufs erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen schuldet⁴.

Diese Rechtsprechung hat der Senat nunmehr gegenüber Kritik aus der Literatur⁵ verteidigt und näher begründet. Danach verbleibt es dabei, dass sämtliche auf der Grundlage des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB erbrachten Leistungen des Darlehensnehmers nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung) i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB zu erstatten sind, und zwar auch die schon erbrachten Tilgungsleistungen⁶. Auch soweit der Darlehensnehmer die vertragliche Hauptleistungspflicht

² [XI ZR 366/15](#) – juris.

³ BGH, Beschluss vom 22. September 2015 – [XI ZR 116/15](#).

⁴ BGH, Beschluss vom 22. September 2015 – [XI ZR 116/15](#) – juris, Rn. 7.

⁵ Vgl. Müller/Fuchs, NJW 2015, 1094, 1095 f.; Schnauder, NJW 2015, 2689 f.

⁶ BGH, Beschluss vom 12. Januar 2016 – [XI ZR 366/15](#) – juris, Rn. 13.

zur Rückzahlung der empfangenen Darlehensvaluta nach § 488 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB erfüllt, „empfängt“ der Darlehensgeber i.S.v. § 346 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB eine Leistung, so dass sich die Umgestaltung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses in ein Rückgewährschuldverhältnis auch auf den Erfüllungsanspruch aus § 488 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BGB erstreckt⁷. Dass der Geschäftszweck des Darlehensvertrags auf die zeitlich begrenzte Verschaffung von Kaufkraft gerichtet ist, dem Vermögen des Darlehensnehmers mithin von vornherein nur die vorübergehende Nutzung der Darlehensvaluta zugewendet werden soll, ändert daran nach Ansicht des Senats ebenso wenig wie der Umstand, dass der Verbraucher damit – jedenfalls in Teilen – so gestellt wird, als habe er eine verzinsliche Wertanlage getätigt⁸. Den Verweis des § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. auf die §§ 346 ff. BGB teleologisch zu reduzieren oder den in § 357a BGB geregelten Ausschluss des Nutzungersatzes entgegen der ausdrücklichen Anordnung des Art. 229 § 32 Abs. 1 EGBGB im Wege der Analogie auf vor dem 13. Juni 2014 geschlossene Verbraucherdarlehensverträge zu erstrecken, sei mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte ausgeschlossen⁹.

In dem Beschluss vom 12. Januar 2016 hatte der Senat über die Höhe der **Beschwer gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO, § 3 ZPO** zu entscheiden, die für die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde die Wertgrenze von 20.000,00 € übersteigen musste. Diese bemisst sich entgegen zahlreichen unterschiedlichen Streitwertansätzen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung nach der **Hauptforderung, die der Verbraucher gemäß §§ 346 ff. BGB beanspruchen zu können meint**, wenn er außerhalb des Anwendungsbereichs des § 358 BGB die Feststellung begehrt, dass durch seinen Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrags dieser gemäß § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden

⁷ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 14, Rn. 20.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 20 f.

Fassung nach den §§ 346 ff. BGB rückabzuwickeln ist¹⁰. Diese – bezifferbare – Hauptforderung besteht in den **bereits erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen**. Ein Anspruch auf Nutzungersatz gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB bleibt als Nebenforderung nach § 4 Abs. 1 Halbsatz 2 ZPO außer Betracht¹¹. Im Streitfall war die Nichtzulassungsbeschwerde damit zulässig und – was der Senat allerdings nicht näher begründet hat – wegen grundsätzlicher Bedeutung erfolgreich¹².

b)

Nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 19. Januar 2016¹³ enthält § 497 Abs. 1 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung eine spezielle Regelung zur **Schadensberechnung bei notleidenden Krediten**, die vom Darlehensgeber infolge Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers vorzeitig gekündigt worden sind. Die Vorschrift schließt die Geltendmachung einer als Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangten **Vorfälligkeitsentschädigung** aus.

Das folgt nach Ansicht des Senats zwar nicht aus dem vom Wortlaut des § 497 Abs. 1 BGB a.F., der lediglich bestimmt, dass der Darlehensnehmer, der mit seiner Zahlungsverpflichtung in Verzug kommt, den geschuldeten Betrag mit dem dort festgelegten Verzugszinssatz zu verzinsen hat. Es ergibt sich aber aus der Gesetzgebungsgeschichte des § 11 VerbrKrG als Vorgängernorm des § 497 Abs. 1 BGB a.F. und dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift¹⁴. Nach der Gesetzesbegründung zu § 11 VerbrKrG sollte „der Verzugszins nach Schadensersatzgesichtspunkten zu ermitteln und ein **Rückgriff auf den Vertragszins grundsätzlich ausgeschlossen**“ sein¹⁵. Dieses Ziel würde nach dem Dafürhalten des Senats bei Zuzbilligung einer Vorfälligkeitsentschädigung, die im Ausgangspunkt auf dem

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 6 f.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹² a.a.O., juris, Rn. 25.

¹³ [XI ZR 103/15](#) – juris.

¹⁴ BGH, Urteil vom 19. Januar 2016 – [XI ZR 103/15](#) – juris, Rn. 25.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 26.

Vertragszins beruht, verfehlt¹⁶. Für dieses Ergebnis spricht auch der Umstand, dass der Gesetzgeber dem Darlehensgeber einen Anspruch auf eine Vorfälligkeitsentschädigung nur in Fällen zubilligt, in denen der Darlehensnehmer den Darlehensvertrag vorzeitig kündigt (vgl. § 490 Abs. 2, § 502 BGB). Eine damit etwa verbundene Besserstellung des vertragsbrüchigen gegenüber dem vertragstreuen Schuldner hat der Gesetzgeber nach Ansicht des Senats bewusst in Kauf genommen, indem er bei Überführung des § 11 VerbrKrG in das Bürgerliche Gesetzbuch durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz trotz entsprechender kritischer Literaturstimmen zu einer Änderung der Rechtslage keinen Anlass gesehen hat, sondern ganz im Gegenteil den Anwendungsbereich des § 497 Abs. 1 BGB sogar noch auf Immobiliendarlehensverträge ausgedehnt hat¹⁷.

Die Revision hatte damit insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der unter Vorbehalt und zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleisteten Vorfälligkeitsentschädigung verneint hat. Das Berufungsgericht¹⁸ hatte noch angenommen, § 497 Abs. 1 BGB a.F. lasse einen Anspruch des Darlehensgebers auf Ersatz weitergehenden Nichterfüllungsschadens und damit einer Vorfälligkeitsentschädigung unberührt. Dieses Ergebnis könnte nach der Entscheidung des XI. Zivilsenats keinen Bestand haben, weil die Vorfälligkeitsentschädigung nebst Zinsen und angefallenen anteiligen Nebenkosten danach ohne Rechtsgrund (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB) geleistet war¹⁹. Von der durch § 497 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. eröffneten Möglichkeit, durch konkrete Berechnung im Einzelfall einen höheren Schaden nachzuweisen, hatte die beklagte Sparkasse im Streitfall keinen Gebrauch gemacht²⁰.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 40.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹⁸ OLG Stuttgart, WM 2015, 1009.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 14.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 35.

c)

Ebenfalls die **Vorfälligkeitsentschädigung** betrifft eine weitere Entscheidung vom 19. Januar 2016²¹. Darin hatte der XI. Zivilsenat folgende von einem Kreditinstitut bei der Vergabe grundpfandrechtlich gesicherter Darlehen mit Sondertilgungsrechten innerhalb des Zinsfestschreibungszeitraums verwendete **AGB-Klausel** zu beurteilen: „**Zukünftige Sondertilgungsrechte werden im Rahmen vorzeitiger Darlehensvollrückzahlung bei der Berechnung von Vorfälligkeitszinsen nicht berücksichtigt.**“ Der Senat hat sie im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB für **unwirksam** gehalten²².

Aus der maßgeblichen Sicht eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden²³ bezieht sich die beanstandete Klausel zumindest auch auf eine Vorfälligkeitsentschädigung nach **§ 490 Abs. 2 Satz 3 BGB**, also den Fall der in § 490 Abs. 2 Satz 1 BGB geregelten **außerordentlichen Kündigung** des Darlehensvertrages durch den Darlehensnehmer infolge der **Ausübung berechtigter Interessen**²⁴. Denn namentlich für diesen Fall hat das Kreditinstitut aus der Sicht eines Durchschnittskunden ein Interesse daran, die (Nicht-) Berücksichtigung künftiger Sondertilgungsrechte bereits vorab zu regeln und hierbei gegebenenfalls die gesetzliche Regelung zu modifizieren, während im Falle einvernehmlicher Vertragsaufhebung das Vorfälligkeitsentgelt ohnehin frei zu vereinbaren ist²⁵.

Auf der Grundlage dieser Auslegung ist die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB eröffnet, weil die Klausel von **gesetzlichen Regelungen** abweicht²⁶. Denn nach der Bestimmung des § 490 Abs. 2 Satz 3 BGB ist der Zins-

²¹ [XI ZR 388/14](#) – juris.

²² Urteil vom 19. Januar 2016 – [XI ZR 388/14](#) – juris, Rn. 28.

²³ Zu den Auslegungsmaßstäben für Allgemeine Geschäftsbedingungen Senatsurteile vom 07. Dezember 2010 – [XI ZR 3/10](#) – BGHZ 187, 360 – juris, Rn. 29; vom 07. Juni 2011 – [XI ZR 388/10](#) – BGHZ 190, 66 – juris, Rn. 21; vom 13. November 2012 – [XI ZR 500/11](#) – BGHZ 195, 298 – juris, Rn. 16 und vom 27. Januar 2015 – [XI ZR 174/13](#) – WM 2015, 519 – juris, Rn. 12.

²⁴ Urteil vom 19. Januar 2016 – [XI ZR 388/14](#) – juris, Rn. 22 f.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 23.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 24; zur Eröffnung der AGB-Kontrolle durch Abweichung von gesetzlichen Bestimmungen auch die nachfolgende Entscheidung vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 96/15](#) – juris, Rn. 16.

schaden lediglich für den Zeitraum **rechtlich geschützter Zinserwartung** ersatzfähig²⁷, wobei die rechtlich geschützte Zinserwartung **durch vereinbarte Sondertilgungsrechte begrenzt** wird²⁸. Von diesen Grundsätzen der Bemessung der Vorfälligkeitsentschädigung weicht die beanstandete Regelung zum Nachteil des Darlehensnehmers ab, indem dessen künftige Sondertilgungsrechte, die die Zinserwartung der Beklagten und damit die Höhe der von ihr im Falle einer Kündigung nach § 490 Abs. 2 Satz 1 BGB zu beanspruchenden Vorfälligkeitsentschädigung beeinflussen, bei der Berechnung ausgenommen werden²⁹.

Die beanstandete Klausel hält der danach eröffneten **Inhaltskontrolle** nicht stand. Sie ist vielmehr nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil die generelle Nichtberücksichtigung vereinbarter künftiger Sondertilgungsrechte bei der Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar ist und die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben **unangemessen benachteiligt**³⁰. Denn sie führt in Abweichung vom **Leitbild der Vorfälligkeitsentschädigung**, wonach der Darlehensgeber durch die Kreditablösung im Ergebnis weder finanziell benachteiligt noch begünstigt werden soll, zu einer **Überkompensation** des Kreditinstituts³¹.

Die Unterlassungsklage des Verbraucherschutzverbands (§ 4 UKlaG) hatte damit, wie schon in der Vorinstanz³², Erfolg. Der Senat hat auch bestätigt, dass es der Beklagten untersagt werden konnte, sich im Rahmen bestehender Verträge bei der Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung auf die beanstandete Klausel zu berufen. Denn der Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG umfasst neben der Pflicht, die Verwendung einer

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 25.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 26.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 27.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 28.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 29 f.

³² OLG Oldenburg, ZIP 2014, 2383.

Klausel in Neuverträgen zu unterlassen, auch die Verpflichtung, bei der Durchführung bereits bestehender Verträge die beanstandete Klausel nicht anzuwenden³³.

d)

Die in einen **Verbraucherdarlehensvertrag** einbezogene **formularmäßige Bestimmung einer laufzeitunabhängigen „Gebühr“ von 4 %** des Darlehensbetrags für ein dem Darlehensnehmer unter **Verzicht auf eine Vorfälligkeitsentschädigung** eingeräumtes Sondertilgungsrecht verstößt gegen § 502 Abs. 1 BGB, von dem nach § 511 Satz 1 BGB zum Nachteil des Verbrauchers nicht abgewichen werden kann. Das hat der XI. Zivilsenat am 16. Februar 2016 entschieden³⁴.

Die beanstandete Klausel regelt ein Entgelt für ein dem Darlehensnehmer unter Verzicht auf eine Vorfälligkeitsentschädigung eingeräumtes Sondertilgungsrecht³⁵. Sie betrifft damit – bei einem **Verbraucherdarlehen**, das weder die Voraussetzungen der **Bereichsausnahme nach § 491 Abs. 2 Nr. 5 BGB** erfüllt noch **gemäß § 503 Abs. 1 BGB als Immobiliardarlehen** anzusehen ist – nicht etwa eine der Inhaltskontrolle entzogene³⁶, zusätzlich angebotene Sonderleistung, die gesetzlich nicht geregelt ist, sondern enthält eine **von Rechtsvorschriften abweichende Preisregelung**. Sie ist damit der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterworfen. Kontrollfähig sind nach der Rechtsprechung des Senats nämlich Klauseln, die von gesetzlichen Preisregelungen abweichen³⁷.

Das ist hier der Fall, weil der Verbraucher nach § 500 Abs. 2 BGB in der seit dem 11. Juni 2010 geltenden Fassung schon nach dem Gesetz be-

³³ a.a.O., juris, Rn. 32.

³⁴ [XI ZR 96/15](#) – juris, Rn. 22.

³⁵ BGH, Urteil vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 96/15](#) –, juris Rn. 20.

³⁶ BGH, Urteil vom 13. November 2012 – [XI ZR 500/11](#) – BGHZ 195, 298 – juris, Rn. 13; Urteil vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 96/15](#) – juris, Rn. 16.

³⁷ Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 – [XI ZR 66/13](#) – BGHZ 199, 281 – juris, Rn. 12; vom 27. Januar 2015 – [XI ZR 174/13](#) – WM 2015, 519 – juris, Rn. 9; vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 96/15](#) – juris, Rn. 16.

rechtigt ist, seine Verbindlichkeiten aus einem Verbraucherdarlehensvertrag jederzeit ganz oder teilweise zu erfüllen und die hierfür zu zahlende Vorfälligkeitsentschädigung nach **§ 502 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB** in der seit dem 11. Juni 2010 geltenden Fassung **1 % des vorzeitig zurückgezahlten Betrags** nicht überschreiten darf. Die vom Darlehensnehmer nach § 500 Abs. 2 BGB im ungünstigsten Fall zu zahlende Vorfälligkeitsentschädigung ist damit stets geringer als der nach der betreffenden Klausel einbehaltene Abzugsbetrag i.H.v. 4 % des gesamten Darlehensnennbetrags³⁸. Zudem fällt nach der beanstandeten Klausel dieses Entgelt auch dann an, wenn der Kläger von dem Sondertilgungsrecht **keinen Gebrauch macht**, während nach § 502 Abs. 1 BGB der Darlehensgeber eine Vorfälligkeitsentschädigung nur verlangen kann, wenn die Darlehensvaluta tatsächlich vorzeitig zurückgezahlt werden. Die Klausel weicht damit bei der Bepreisung des Verzichts auf die Vorfälligkeitsentschädigung in zweifacher Hinsicht zu Lasten des Darlehensnehmers von § 502 Abs. 1 BGB ab³⁹.

Danach ist die streitige Entgeltklausel in einem Verbraucherdarlehensvertrag ohne weiteres unwirksam, da sie gegen § 502 Abs. 1 BGB verstößt, von dem nach **§ 511 Satz 1 BGB** zum Nachteil des Verbrauchers nicht abgewichen werden kann⁴⁰. Allgemeine Geschäftsbedingungen, die zum Nachteil des Kunden gegen **(halb-) zwingendes Recht** verstoßen, benachteiligen diesen mit der Folge ihrer Unwirksamkeit unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB⁴¹. Überdies ist die Klausel nach § 134 i.V.m. § 511, 502 Abs. 1 BGB nichtig⁴².

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 22 f.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 25 f.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁴¹ Ständige Rechtsprechung des Senats, Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 – [XI ZR 66/13](#) – BGHZ 199, 281 – juris, Rn. 10; vom 27. Januar 2015 – [XI ZR 174/13](#) – WM 2015, 519 – juris, Rn. 17; vom 28. Juli 2015 – [XI ZR 434/14](#), WM 2015, 1704 – juris, Rn. 43; vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 96/15](#) – juris, Rn. 28.

⁴² BGH, Urteil vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 96/15](#) – juris, Rn. 30.

Die Revision des Klägers führe damit zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Das Berufungsgesicht hatte die beanstandete Klausel als wirksam angesehen. Da es keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen hat, ob § 500 Abs. 2 und § 502 Abs. 1 BGB auf das betreffende **Förderdarlehen** anwendbar sind, war die Sache nicht entscheidungsreif. Das hängt davon ab, ob tatsächlich ein **Verbraucherdarlehen** vorliegt und ob gegebenenfalls die Voraussetzungen der **Bereichsausnahme des § 491 Abs. 2 Nr. 5 BGB** erfüllt sind⁴³. Gegebenenfalls ist in einem weiteren Schritt zu klären, ob es sich um ein **grundpfandrechlich besichertes Darlehen** i.S.d. § 503 Abs. 1 BGB handelt⁴⁴. Kann sich der Kläger aus einem dieser Gründe nicht auf § 500 Abs. 2 und § 502 Abs. 1 BGB berufen, greifen die Grundsätze des sogleich zu erörternden Senatsurteils in der **Parallelsache XI ZR 454/14** vom gleichen Tage ein.

e)

In Abgrenzung zu der soeben berichteten Entscheidung hat der XI. Zivilsenat in einer weiteren Entscheidung vom 16. Februar 2016⁴⁵ ausgesprochen, dass die in einen **Förderdarlehensvertrag**, auf den § 502 BGB in der ab dem 11. Juni 2010 geltenden Fassung keine Anwendung findet, einbezogene formularmäßige Bestimmung einer **laufzeitunabhängigen „Risikoprämie“** für ein dem Darlehensnehmer unter **Verzicht auf eine Vorfälligkeitsentschädigung eingeräumtes Sondertilgungsrecht** nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der richterlichen Inhaltskontrolle unterliegt⁴⁶. Die formularmäßige Bestimmung eines laufzeitunabhängigen **„Bearbeitungsentgelts“** unterliegt nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB zwar der richterlichen Inhaltskontrolle. Sie benachteiligt den Darlehensnehmer auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung aber **nicht unangemessen** gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, wenn das

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 32 f.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 34.

⁴⁵ [XI ZR 454/14](#) – juris.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 454/14](#) – juris, Rn. 25.

Darlehen der zweckgebundenen Gewährung besonders günstiger Mittel zur Förderung wirtschaftspolitischer Ziele dient⁴⁷.

Seite 11 von 46

Der zu beurteilende Förderdarlehensvertrag enthält zwei inhaltlich voneinander zu trennende Regelungen, nämlich erstens einen Abzug (Disagio) von 2 % für das Recht zur außerplanmäßigen Tilgung des Förderdarlehens während der Zinsfestschreibungsperiode (**Risikoprämie**) und zweitens einen Abzug von 2 % für die **Bearbeitungsgebühr**. Die Bestimmung betreffend die Risikoprämie hat der Senat als der Inhaltskontrolle entzogene **Sonderleistung** angesehen⁴⁸. Denn außerhalb des Anwendungsbereichs des im Streitfall nicht anwendbaren § 500 Abs. 2 BGB ist der Darlehensnehmer ohne entsprechende Parteivereinbarung grundsätzlich nicht berechtigt, eine verzinsliche Darlehensschuld vorzeitig zurückzuzahlen⁴⁹. Die vertraglich eingeräumte Möglichkeit, das Förderdarlehen jederzeit während der Konditionenfestschreibung zu tilgen, ohne zur Abgeltung der rechtlich gesicherten Zinserwartung eine Vorfälligkeitsentschädigung zahlen zu müssen, stellt somit einen **wirtschaftlichen Vorteil** dar. Diese **zusätzlich angebotene Leistung** darf das Kreditinstitut bepreisen, ohne dass das Entgelt der AGB-Kontrolle unterliegt⁵⁰.

Die weiter erhobene **Bearbeitungsgebühr** in Höhe von 2 % des Darlehensnennbetrags ist demgegenüber als **kontrollfähige Preisnebenabrede** einzuordnen. Denn es handelt sich weder um ein laufzeitabhängiges Entgelt für die Kapitalnutzung noch um ein Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung⁵¹. Sie fällt nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die „Abdeckung des Aufwands der Hausbank bei der Beschaffung des Kredits“ und damit für einen Aufwand an, der bei der Sicherstellung einer **ordnungsgemäßen Vertragserfüll-**

47 a.a.O., juris, Rn. 29.

48 a.a.O., juris, Rn. 22.

49 a.a.O., juris, Rn. 26.

50 a.a.O., juris, Rn. 27.

51 a.a.O., juris, Rn. 29.

lung durch die Bank entsteht⁵². Dass das Bearbeitungsentgelt letztlich zur Deckung von Kosten erhoben wird, die bei der **KfW** entstanden sind, ändert daran nichts⁵³.

Die danach als Preisnebenabrede einzuordnende Klausel zur Erhebung einer Bearbeitungsgebühr von 2 % hält aber der **Inhaltskontrolle** stand. Zwar weicht die Klausel nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung – keine gesonderte Entgeltspflicht von Leistungen, zu denen der Verwender gesetzlich oder nebenvertraglich verpflichtet ist; Laufzeitabhängigkeit des Entgelts für die Darlehensgewährung – ab⁵⁴. Dadurch werden die Darlehensnehmer bei umfassender Interessenabwägung aber nicht unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der Senat hat hierfür entscheidend auf den **Gesamtkontext der Bedingungen des Förderdarlehens** abgestellt, bei dem es sich nicht um einen Kredit handelt, der nach den Bedingungen des Kapitalmarktes vergeben wurde, sondern um die zweckgebundene Gewährung besonders günstiger Mittel zur Förderung wirtschaftspolitischer Ziele⁵⁵. In den **wirtschaftlichen Vorteilen** eines solchen Förderdarlehens gegenüber Krediten zu Marktbedingungen geht bei der gebotenen pauschalisierenden Gesamtbetrachtung eine nach den Förderbedingungen zu erhebende, laufzeitunabhängige Bearbeitungsgebühr auf. Die Darlehensnehmer sind danach durch die nach den Bedingungen der KfW vorgesehene und von der Hausbank unverändert „durchgeleitete“ Bearbeitungsgebühr nicht entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben benachteiligt⁵⁶.

⁵² Senatsurteile vom 13. Mai 2014 – [XI ZR 405/12](#) – BGHZ 201, 168 – juris, Rn. 56; vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 454/14](#) – juris, Rn. 33.

⁵³ BGH, Urteil vom 16. Februar 2016 – a.a.O. – juris, Rn. 34 f.

⁵⁴ Senatsurteile vom 13. Mai 2014 – [XI ZR 405/12](#) – BGHZ 201, 168, juris, Rn. 66 ff. und [XI ZR 170/13](#) – WM 2014, 1325, juris, Rn. 71 ff.; vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 454/14](#) – juris, Rn. 38 f.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 16. Februar 2016 – a.a.O. – juris, Rn. 47.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 48.

Die Revision der Kläger, die ein Darlehen aus Mitteln des KfW-Förderprogramms Nr. 141 („Wohnraum-Modernisieren-Standard“) in Anspruch genommen und Zahlung des bei Valutierung des Förderdarlehens einbehaltenen Auszahlungsabschlags in Höhe von insgesamt 2.200,00 € begehrt hatten, blieb damit erfolglos.

f)

Auf die Klage eines Verbraucherschutzverbands hat der XI. Zivilsenat am 23. Februar 2016⁵⁷ entschieden, dass die gemäß Art. 247 § 6 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB in einen Verbraucherdarlehensvertrag aufzunehmenden **Pflichtangaben zum Widerrufsrecht keiner Hervorhebung bedürfen**. Zudem steht Art. 247 § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EGBGB der **Verwendung von Ankreuzoptionen** in der formularmäßigen Widerrufsinformation eines Verbraucherdarlehensvertrages nicht entgegen.

Dem Wortlaut des Art. 247 § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB kann nach Ansicht des Senats kein Erfordernis einer besonderen Hervorhebung entnommen werden, weil dort lediglich gefordert wird, dass bestimmte Pflichtangaben „**klar und verständlich**“ sein müssen⁵⁸. Damit wird auch unter Berücksichtigung der Gesetzgebungsgeschichte keine optische Hervorhebung verlangt⁵⁹. Dagegen spricht ferner, dass gemäß Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 6 EGBGB auch „sämtliche weiteren Vertragsbedingungen“ klar und verständlich sein müssen⁶⁰, sowie der Umstand, dass nach § 492 Abs. 2 BGB die Information zum Widerrufsrecht in die Vertragsurkunde aufzunehmen ist (**Ein-Urkunden-Modell**)⁶¹. Zudem zieht der Senat das vom EuGH geprägte **Leitbild eines durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbrauchers** her-

⁵⁷ [XI ZR 101/15](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung [XI ZR 549/14](#) vom gleichen Tage.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 23. Februar 2016 – [XI ZR 101/15](#) – juris Rn. 24.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 25 f.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 29.

an, von dem erwartet werden kann, dass er den Text eines Darlehensvertrags sorgfältig durchliest⁶².

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB. Danach führt zwar die Verwendung des Musters in Anlage 7 nur dann zu einer **Gesetzlichkeitsfiktion** zugunsten des Darlehensgebers, wenn die entsprechende Vertragsklausel **hervorgehoben und deutlich gestaltet** ist. Dass der Darlehensgeber, dem die Verwendung des Musters freigestellt ist, gegen eine gesetzliche Verpflichtung verstößt, wenn er seine Widerrufs klausel nicht nach diesen Formerfordernissen gestaltet, lässt sich dem aber nicht entnehmen⁶³.

Dem erörterten Maßstab des Art. 247 § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EGBGB hält die Widerrufs information auch stand, wenn sie **Ankreuzoptionen** verwendet⁶⁴. Das gilt jedenfalls dann, wenn sie so gestaltet sind, dass sich einem Verbraucher auf den ersten Blick erschließt, dass eine Textvariante für ihn nur dann von Belang ist, wenn das vor der Variante gesetzte Optionsfeld markiert wurde⁶⁵. Die Gefahr, dass sich ein Verbraucher auch mit nicht angekreuzten Textvarianten befasst und dadurch abgelenkt oder irritiert wird, kann dann vernachlässigt werden⁶⁶. Daran ändert sich auch nichts, wenn sich die Textvarianten einer formularmäßigen Widerrufs information – wie im Streitfall – über **mehrere Druckseiten** erstrecken⁶⁷.

Die Revision des Verbraucherschutzverbands (§ 4 UKlaG), der die beklagte Sparkasse auf Unterlassung im Zusammenhang mit einer von ihr bei Verbraucherdarlehen erteilten Widerrufs information in Anspruch genommen hatte, blieb damit ohne Erfolg. Im Ergebnis hat der Senat damit die

⁶² a.a.O., juris, Rn. 33.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 41.

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 44.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 43.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 46.

Entscheidung der Vorinstanz⁶⁸ bestätigt, die noch eine Verpflichtung zur grafischen Hervorhebung der Widerrufsinformation bejaht, zugleich aber angenommen hatte, die streitgegenständliche Formulargestaltung genüge diesen gesetzlichen Vorgaben. Mit der Frage der inhaltlichen Richtigkeit der Widerrufsinformation musste sich der Senat nicht befassen, da diese nicht Streitgegenstand der Klage war⁶⁹.

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

Mit Urteil vom 26. Januar 2016⁷⁰ hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zur Anwendung des **Anscheinsbeweises** auf die **Autorisierung von Zahlungsvorgängen im Online-Banking** Stellung zu nehmen. Demgemäß ist es bei dem Nachweis der Autorisierung eines Zahlungsvorgangs mittels eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments nach **§ 675w Satz 3 BGB** Voraussetzung einer Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises, dass auf Grundlage aktueller Erkenntnisse die **allgemeine praktische Unüberwindbarkeit** des eingesetzten Sicherungsverfahrens sowie dessen **ordnungsgemäße Anwendung und fehlerfreie Funktion im konkreten Einzelfall** feststehen⁷¹. Zur **Erschütterung** eines für die Autorisierung eines Zahlungsauftrags sprechenden Anscheinsbeweises muss der Zahlungsdienstnutzer **keinen konkreten und erfolgreichen Angriff gegen das Authentifizierungsinstrument** vortragen und beweisen, sondern kann sich auch auf außerhalb des Sicherheitssystems des Zahlungs-

⁶⁸ OLG Stuttgart, WM 2016, 263.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 23. Februar 2016 – [XI ZR 101/15](#) – juris Rn. 21.

⁷⁰ [XI ZR 91/14](#) – juris.

⁷¹ BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 – [XI ZR 91/14](#) – juris, Rn. 28.

dienstleisters liegende Umstände stützen, die für einen nicht autorisierten Zahlungsvorgang sprechen⁷².

Weiter hat der Senat entschieden, dass **kein einen Anscheinsbeweis rechtfertigender Erfahrungssatz** besteht, dass bei einem **Missbrauch des Online-Bankings**, wenn die Nutzung eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments korrekt aufgezeichnet worden und die Prüfung der Authentifizierung beanstandungsfrei geblieben ist, eine konkrete **grob fahrlässige Pflichtverletzung** des Zahlungsdienstnutzers nach § 675v Abs. 2 BGB vorliegt⁷³.

Nach der in § 675w Satz 3 BGB festgelegten **Beweisregel** reichen die Authentifizierung und die Aufzeichnung der Nutzung des Zahlungsauthentifizierungsinstruments einschließlich der personalisierten Sicherheitsmerkmale „**nicht notwendigerweise aus**“, den dem Zahlungsdienstleister obliegenden Nachweis einer Autorisierung des Zahlungsvorgangs zu führen. Diese Bestimmung schließt, wie der Senat jetzt entschieden hat, die Annahme eines **Anscheinsbeweises für die streitige Autorisierung** nicht generell aus, stellt aber besondere Anforderungen an dessen Ausgestaltung⁷⁴. Seine Grundsätze dürfen nicht so gehandhabt werden, dass sie bei Vorliegen allein der in § 675w Satz 3 BGB genannten technischen Merkmale aus praktischer Sicht einer Beweislastumkehr gleichkommen⁷⁵. Es muss vielmehr **Rücksicht auf das technische Schutzniveau des verwendeten Sicherheitssystems** genommen werden, damit nicht dem Zahlungsdienstnutzer entgegen der Wertung des § 675w Satz 3 Nr. 1 BGB das **Risiko von Defiziten** des von ihm nicht zu verantwortenden Authentifizierungsvorgangs auferlegt wird⁷⁶. Daraus leitet der Senat zweierlei ab: Der Anscheinsbeweis erfordert über die korrekte Aufzeichnung der Nutzung dieses Zahlungsauthentifizierungsinstruments hinaus,

⁷² a.a.O., juris, Rn. 48.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 68.

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 28.

dass dessen **allgemeine praktische Sicherheit** und die **Einhaltung des Sicherheitsverfahrens im konkreten Einzelfall** feststehen. Zudem bedarf die **Erschütterung des Anscheinsbeweises** nicht zwingend der Behauptung und ggf. des Nachweises technischer Fehler des dokumentierten Authentifizierungsverfahrens⁷⁷. Vielmehr kann die Darlegung und ggf. der Nachweis aller und damit auch außerhalb des technischen Zahlungsvorgangs liegender Tatsachen genügen, die die **ernsthafte Möglichkeit eines Missbrauchs** nahelegen⁷⁸.

Der Senat hat die Sache danach an das Berufungsgericht zurückverwiesen, weil zu Funktionsweise und allgemeiner praktischer Unüberwindbarkeit des hier verwendeten **smsTAN-Verfahrens** keine ausreichenden Feststellungen getroffen waren⁷⁹. Solche Feststellungen sind nach Ansicht des Senats umso mehr erforderlich, als nach dem maßgeblichen **neuesten Stand der Erfahrung** zahlreiche **erfolgreiche Attacken** hierauf bekannt geworden sind⁸⁰. Unabhängig davon ist gegebenenfalls die Einhaltung des Sicherheitsniveaus des smsTAN-Verfahrens im Online-Banking-System des klagenden Kreditinstituts bei Erteilung des **konkreten Zahlungsauftrags** zu überprüfen⁸¹.

Unabhängig davon hat das Berufungsgericht nach der Beurteilung des Senats die Anforderungen an ein Erschüttern des von ihm angenommenen Anscheinsbeweises überspannt, indem es die Darlegung verlangt hat, dass das von der beklagten Bankkundin eingesetzte Mobiltelefon mit einem **Schadprogramm infiziert** gewesen ist, oder auf welche Weise ein unbefugter Dritter an die Zugangsdaten gelangt ist⁸². Nach Ansicht des Senats reicht es aus, dass die Beklagte dargelegt und unter Beweis gestellt hat, dass das Mobiltelefon, in dem sich die SIM-Karte zu der bei der

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 40.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 41 f.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 44 f.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 52.

Klägerin für das smsTAN-Verfahren hinterlegten Telefonnummer befunden hat, sich während des Urlaubs des Geschäftsführers im Gewahrsam eines Mitarbeiters befunden hat, der keinen Überweisungsauftrag erteilt und die **eingegangene TAN „weggedrückt“** habe⁸³. Diese Beweisangebote der Beklagten durfte das Berufungsgericht nicht übergehen.

Nicht abschließend entschieden hat der Senat trotz „**erheblicher Zweifel**“, ob im Recht der Zahlungsdienste neben den Spezialvorschriften der § 675j Abs. 1 Satz 4, §§ 675u, 675v BGB die Grundsätze einer **Anscheinsvollmacht** bzw. eines Handelns unter fremdem Namen angewendet werden können⁸⁴. Die Voraussetzungen dieser Zurechnungsgrundsätze sind jedenfalls bei dem hier in Betracht kommenden und revisionsrechtlich zu unterstellenden **einmaligen missbräuchlichen Kontozugriff** nicht erfüllt⁸⁵.

Die Voraussetzungen eines **Schadensersatzanspruchs nach § 675v Abs. 2 BGB** konnten im Revisionsverfahren ebenfalls nicht angenommen werden, weil keine Tatsachen festgestellt waren, die eine betrügerische Absicht oder ein **grob fahrlässiges Verhalten** der Beklagten belegen würden⁸⁶. Ein **Anschein** für eine grob fahrlässige Pflichtverletzung des Zahlers bei – alternativ zu Autorisierung unterstellter – missbräuchlicher Verwendung von PIN und TAN im Online-Banking besteht nicht⁸⁷. Denn es fehlt an **Erfahrungssätzen**, die auf ein bestimmtes **typisches Fehlverhalten** des Zahlungsdienstnutzers hinweisen würden. Die Vielzahl von Authentifizierungsverfahren, die sich zum Teil erheblich im Sicherheitskonzept und in dessen Ausgestaltung unterscheiden, können jeweils auf unterschiedliche Weise angegriffen werden, wozu wiederum verschiedene Pflichtverletzungen des Zahlungsdienstnutzers beitragen können, sodass

83 a.a.O., juris, Rn. 50.

84 a.a.O., juris, Rn. 57 f.

85 a.a.O., juris, Rn. 60 f.

86 a.a.O., juris, Rn. 66 f.

87 a.a.O., juris, Rn. 70.

– anders als bei Nutzung von Zahlungskarten an Geldautomaten⁸⁸ – ein Missbrauch des Online-Bankings nicht auf ein bestimmtes Verhalten des Zahlungsdienstnutzers hinweist, das sodann als grob fahrlässig eingeordnet werden könnte⁸⁹.

Nach alledem stellte sich der die Berufung zurückweisende Beschluss auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Das Berufungsgericht hatte einen nicht ausreichend erschütterten Anscheinsbeweis für die Authentifizierung bejaht und der klagenden Sparkasse einen Aufwendungsersatzanspruch für die zugunsten des Streithelfers ausgeführte Online-Überweisung von 235.000,00 € zuerkannt. Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren hat der Senat darauf hingewiesen, dass einem etwa **berechtigten Geheimhaltungsinteresse** des betroffenen Kreditinstituts an den technischen Grundlagen des von ihm eingesetzten Sicherungssystems dadurch Rechnung getragen werden kann, dass nach § 172 Nr. 2 GVG die **Öffentlichkeit ausgeschlossen** wird und nach § 174 Abs. 3 GVG die Verfahrensbeteiligten zur **Verschwiegenheit** verpflichtet werden⁹⁰.

Wie der Senat weiter klargestellt hat, ist es dem klagenden Kreditinstitut unbenommen, bei einem Scheitern eines Anscheinsbeweises bzw. stattdessen eine **Autorisierung des Zahlungsauftrags** durch den Zahler **im Wege des Vollbeweises** nachweisen. Insoweit hatte die Klägerin auch Beweis angeboten u.a. mit der Behauptung, die Beklagte habe dem Streithelfer einen Auftrag zur Weiterleitung des zu Unrecht überwiesenen Betrags erteilt⁹¹. In diesem Fall trifft den Zahlungsdienstnutzer eine **sekundäre Darlegungslast** zu allen ihm bekannten Umständen, die den streitigen Zahlungsvorgang und dessen Autorisierung betreffen, insbesondere zu den Sicherheitsvorkehrungen auf dem für das Online-Banking

⁸⁸ Senatsurteil vom 29. November 2011 – [XI ZR 370/10](#) – WM 2012, 164 – juris, Rn. 16; Senatsbeschluss vom 06. Juli 2010 – [XI ZR 224/09](#) – WM 2010, 924 – juris, Rn. 10.

⁸⁹ BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 – [XI ZR 91/14](#) – juris Rn. 75.

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 80.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 53, 81.

genutzten Rechner und dem Mobiltelefon sowie zur Notierung, Speicherung oder Weitergabe der PIN⁹².

Seite 20 von 46

4.

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

Dazu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

5.

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

a)

In seinem Urteil vom 18. Februar 2016⁹³ hatte sich der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs erneut mit der Frage der **Aufklärungspflicht über das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung** nach § 172 Abs. 4 HGB in einem **Anlageprospekt** zu befassen, der die Beteiligung an einem **geschlossen Immobilienfonds** zum Gegenstand hat. Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage, unter welchen Voraussetzungen der **Prospekt** die nötige Information über das Risiko, dass die Kommanditistenhaftung der Anleger trotz vollständig erbrachter Einlageleistung unter den Voraussetzungen des § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt⁹⁴, **wahrheitsgemäß und verständlich** vermittelt⁹⁵.

Für die Beurteilung, ob ein Prospekt unrichtig oder unvollständig ist, ist nach der Rechtsprechung des Senats auf das **Gesamtbild** abzustellen,

⁹² a.a.O., juris, Rn. 81.

⁹³ [III ZR 14/15](#) – juris.

⁹⁴ Senatsurteile vom 22. Juli 2010 – [III ZR 203/09](#) – NJW-RR 2010, 1620 – juris, Rn. 20 und vom 04. Dezember 2014 – [III ZR 82/14](#) – WM 2015, 68 – juris, Rn. 9; vom 18. Februar 2016 – [III ZR 14/15](#) – juris, Rn. 15.

⁹⁵ Senatsurteile vom 24. April 2014 – [III ZR 389/12](#) – NJW-RR 2014, 1075 – juris, Rn. 9; vom 18. Februar 2016 – [III ZR 14/15](#) – juris, Rn. 16.

das er dem **verständigen Anleger** unter Berücksichtigung der von ihm zu fordernden sorgfältigen und eingehenden Lektüre vermittelt⁹⁶. Dabei zieht der Senat nunmehr ausdrücklich das europäische Verbraucherleitbild des durchschnittlich gebildeten, gehörig aufmerksamen und verständigen Anlegers heran⁹⁷ und nimmt an, dass es sich diesem **aufdrängt**, dass ein Kommanditist, der **keinen realen Gewinn entnimmt**, sondern sich durch jährliche Ausschüttungen Haftungskapital auszahlen lässt, gegenüber den Gesellschaftsgläubigern dafür einstehen muss⁹⁸.

Nach diesen Maßstäben hat der Senat die Prospektinformationen im Gegensatz zur Vorinstanz als ausreichend angesehen. Nach seiner Beurteilung ergibt sich daraus insbesondere unter Berücksichtigung der **Prognoserechnung** hinreichend deutlich, dass es sich bei den auszuschüttenden „**Liquiditätsüberschüssen**“ nicht um Gewinne der Gesellschaft handelt⁹⁹. Zudem wird in dem Kapitel „Ausschüttungen“ erläutert, dass es infolge der Ausschüttungen zu einem „**negativen Kapitalkonto**“ bei den Gesellschaftern kommen könne und „**durch die Ausschüttung die Haftung des Kommanditisten nach § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt**“¹⁰⁰. Eine weitergehende (abstrakte) Erläuterung der Haftung aus § 172 Abs. 4 HGB war ebenso wenig erforderlich wie ein weiterer Hinweis in dem **Kapitel über die „Risiken und Chancen**“¹⁰¹. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Hinweise auf das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung seien in dem Abschnitt über die steuerlichen Grundlagen und die Ausschüttungen an **versteckter Stelle** platziert worden, teilt der Senat nicht¹⁰².

⁹⁶ Senatsurteile vom 20. Juni 2013 – [III ZR 293/12](#) – juris, Rn. 12; vom 11. Dezember 2014 – [III ZR 365/13](#) – NJW-RR 2015, 732 – juris, Rn. 18; vom 18. Februar 2016 – [III ZR 14/15](#) – juris, Rn. 19.

⁹⁷ Urteil vom 18. Februar 2016 – [III ZR 14/15](#) – juris, Rn. 21.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 21, Rn. 22.

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 22.

Die Revision führte damit zur Aufhebung des Berufungsurteils und Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, das die auf den Vorwurf einer fehlerhaften Kapitalanlageberatung gestützte Schadensersatzklage abgewiesen hatte. Wie der Senat unter Rückgriff auf seine ständige Rechtsprechung feststellen konnte, waren auch die Prospekthinweise auf die **eingeschränkte Fungibilität** ausreichend¹⁰³.

b)

Mit Urteil vom 15. März 2016¹⁰⁴ hat der XI. Zivilsenat seine Rechtsprechung zum Vorliegen der **subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB** bei einem Schadensersatzanspruch bekräftigt, der darauf gestützt ist, dem Anleger sei von der ihn beratenden Bank nicht mitgeteilt worden, dass sie für den Vertrieb der empfohlenen Kapitalanlage eine **Rückvergütung** erhält. Danach reicht es für eine **(positive) Kenntnis** nicht aus, wenn der Anleger nur „angenommen“ oder sich „gedacht“ hat, dass die beklagte Bank eine Provision erhält¹⁰⁵. Ein „Verschulden gegen sich selbst“ im Sinne **grober Fahrlässigkeit** liegt nicht vor, wenn ein Anleger, der die Zahlung von Provisionen an die beratende Bank für möglich hält oder vermutet, diesbezüglich **nicht nachfragt**, da der Bankberater ungefragt über das Ob und die Höhe von Rückvergütungen aufklären muss¹⁰⁶ und der Anleger nicht verpflichtet ist, im Hinblick auf einen möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist zu kontrollieren, ob der Berater dieser Verpflichtung nachgekommen ist¹⁰⁷.

Auf dieser Grundlage hat der Senat mit dem Berufungsgericht angenommen, dass der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen fehlender Aufklärung über Rückvergütungen nicht gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB verjährt ist. Für eine Kenntnis des Klägers i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹⁰⁴ [XI ZR 122/14](#) – juris.

¹⁰⁵ Vgl. Senat, Urteil vom 26. Februar 2013 – [XI ZR 498/11](#) – BGHZ 196, 233 – juris, Rn. 33 und Beschluss vom 14. Mai 2013 – [XI ZR 274/12](#) – juris, Rn. 6 und 21; Urteil vom 15. März 2016 – [XI ZR 122/14](#) – juris, Rn. 31.

¹⁰⁶ Vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juli 2011 – [XI ZR 191/10](#) – WM 2011, 1506 – juris, Rn. 9.

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 15. März 2016 – [XI ZR 122/14](#) – juris, Rn. 36.

genügt es nach der vom Senat geteilten Ansicht des Berufungsgerichts nicht, dass dieser lediglich angenommen hat, die vermittelnde Bank werde eine Provision erhalten, dies aber **nicht sicher wusste**¹⁰⁸. Auch eine grob fahrlässige Unkenntnis ist mangels Nachfrageobliegenheit nicht anzunehmen¹⁰⁹. Nach den revisionsrechtlich beanstandungsfrei getroffenen Feststellungen war der Kläger stillschweigend von einer für ihn **üblichen Provision von 3 %** ausgegangen, nicht aber von der tatsächlich geflossenen **Provision von 8,25 %**, bei der er misstrauisch gewesen wäre und die Angaben der Beklagten kritisch überprüft hätte¹¹⁰.

Auf der Grundlage dieser Feststellungen hat es der Senat revisionsrechtlich auch nicht beanstandet, dass das Berufungsgericht die „**Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens**“, eine zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung¹¹¹, nicht als widerlegt angesehen, die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den Erwerb der Fondsbeteiligung durch den Kläger mithin bejaht hat¹¹². Das Berufungsgericht hat zutreffend berücksichtigt, dass insbesondere die Kenntnis des Anlegers von Provisionen oder Rückvergütungen, die die beratende Bank **bei vergleichbaren früheren Anlagegeschäften** erhalten hat, ein Indiz dafür sein kann, dass der Anleger die empfohlene Kapitalanlage auch in Kenntnis der Rückvergütung erworben hätte¹¹³. Gleichwohl konnte das Berufungsgericht aufgrund einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls ohne Verstoß gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze annehmen, dass die Tatsache, dass der Anleger vorsorglich einen weiteren **Filmfonds** gezeichnet hat, bei dem die Beklagte eine **im Fondsprospekt genannte Rückvergütung i.H.v. 8,5 % des Zeichnungskapitals** erhielt, nicht entscheidend dafür spricht,

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 12, Rn. 29 f.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 12, Rn. 33 f.

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 12, Rn. 20 f.

¹¹¹ Senatsurteile vom 08. Mai 2012 – [XI ZR 262/10](#) – BGHZ 193, 159 – juris, Rn. 28 f. vom 15. Juli 2014 – [XI ZR 418/13](#) – WM 2014, 1670 – juris, Rn. 26 und vom 23. September 2014 – [XI ZR 215/13](#) – BKR 2015, 339 – juris, Rn. 17.

¹¹² BGH, Urteil vom 15. März 2016 – [XI ZR 122/14](#) – juris, Rn. 15 f.

¹¹³ Senatsurteile vom 08. Mai 2012 – [XI ZR 262/10](#) – BGHZ 193, 159 – juris, Rn. 50; vom 26. Februar 2013 – [XI ZR 345/10](#) – BKR 2013, 283 – juris, Rn. 29 und vom 24. September 2013 – [XI ZR 204/12](#) – WM 2013, 2065 – juris, Rn. 39; Urteil vom 15. März 2016 – [XI ZR 122/14](#) – juris, Rn. 21.

dass er sich auch bei Kenntnis der Rückvergütung bei dem streitgegenständlichen Fonds nicht von einer Beteiligung hätte abhalten lassen¹¹⁴. Die Revision der beklagten Bank blieb damit ohne Erfolg.

c)

Nach einer Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 15. März 2016¹¹⁵ verjähren die **Zinsansprüche** nicht nach § 801 Abs. 1 Satz 2 BGB, sondern nach den Vorschriften über die **regelmäßige Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB**, wenn für eine **Schuldverschreibung auf den Inhaber keine Zinsscheine** ausgegeben werden.

Für die **Verjährung von Laufzeitzinsen** einer globalverbrieften Inhaberschuldverschreibung **ohne separate Zinsscheine** greift nach Ansicht des Senats nicht die 30-jährige Vorlagefrist und eine anschließende 2-jährige Verjährungsfrist des § 801 Abs. 1 BGB ein. Vielmehr sind die allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB anwendbar¹¹⁶. Wie der Senat dem systematischen Regelungszusammenhang der Vorschriften, insbesondere zu § 797 BGB, und den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch entnimmt, erfasst § 801 Abs. 1 BGB nur die in der Schuldverschreibung verbrieftete **Hauptforderung**¹¹⁷. Die Anwendung dieser Regelung auf den in der Haupturkunde mitverbrieften Zinsanspruch würde überdies dem Zweck der früheren für Zinsforderungen geltenden kurzen Verjährungsvorschrift des § 197 BGB a.F. widersprechen, ein übermäßiges Anwachsen von Schulden zu verhindern¹¹⁸.

Danach waren die jeweils unterjährig am 07. September 2004, 07. September 2005 und 07. September 2006 fällig gewordenen Zinsansprüche aus der von dem beklagten Staat begebenen, in einer Dauerglobalurkunde ohne Zinsscheine verbrieften Inhaberschuldverschreibung gemäß

¹¹⁴ BGH, Urteil vom 15. März 2016 – [XI ZR 122/14](#) – juris, Rn. 22.

¹¹⁵ [XI ZR 336/15](#) – juris.

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 15. März 2016 – [XI ZR 336/15](#) – juris, Rn. 9.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 12 f.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 17 f.

§§ 195, 199 BGB mit Ablauf der Jahre 2007, 2008 und 2009 – und damit zum Zeitpunkt der im Jahr 2010 eingereichten Klage – verjährt¹¹⁹. Die in diesem Umfang zugelassene Revision hatte Erfolg und führte zur Abweisung der Klage¹²⁰. Das Berufungsgericht¹²¹ hatte noch den gegenteiligen Standpunkt bezogen und § 801 Abs. 1 BGB angewendet.

d)

Der Kunde, der die beratende Bank wegen der Verletzung ihrer Verpflichtung in Anspruch nimmt, über das Einpreisen eines **anfänglichen negativen Marktwerts** in einen mit ihr geschlossenen **Swap-Vertrag** aufzuklären, muss im Prozess zur **Höhe** des anfänglichen negativen Marktwerts nicht vortragen. Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 22. März 2016¹²² entschieden.

Wie der Senat schon früher entschieden hat, folgt die Verpflichtung, bei **Swap-Verträgen im Zweipersonenverhältnis** anlässlich einer vertraglich geschuldeten Beratung das **Einpreisen einer Bruttomarge** zu offenbaren, sofern es an konnexen Grundgeschäften fehlt, aus dem Gesichtspunkt eines **schwerwiegenden Interessenkonflikts**¹²³. Die Aufklärungspflicht schließt die Verpflichtung zur Information über die **Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts** ein. Entsprechend setzt schlüssiger Vortrag zu einem Beratungsfehler unter diesem Aspekt nach der jetzt vorgenommenen Klarstellung durch den Senat nur voraus, dass der Anleger die Einpreisung eines anfänglichen negativen Marktwerts **als solches** und das Verschweigen dieser Tatsache vorträgt, weil damit die objektiven Voraussetzungen einer Pflichtverletzung der Bank dargetan sind. Die Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts muss der Anleger nicht – auch

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹²⁰ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹²¹ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12. Juni 2015 – 8 U 93/12 – juris.

¹²² [XI ZR 93/15](#) – juris.

¹²³ Senatsurteile vom 22. März 2011 – [XI ZR 33/10](#) – BGHZ 189, 13 – juris, Rn. 31 ff.; vom 28. April 2015 – [XI ZR 378/13](#) – BGHZ 205, 117 – juris, Rn. 33 ff. und vom 20. Januar 2015 – [XI ZR 316/13](#) – WM 2015, 575 – juris, Rn. 31.

nicht im Sinne der Angabe einer Größenordnung – beziffern¹²⁴. Denn die beratungsvertragliche Verpflichtung der Bank zur Kundgabe der Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts eines mit ihr geschlossenen Swap-Vertrages beruht gerade auf dem Umstand, dass der Kunde das Einstrukturieren der Bruttomarge in die Risikostruktur des Swap-Vertrages nicht erkennen kann¹²⁵, so dass ihm im Prozess näherer Vortrag zur Höhe nicht abverlangt werden kann¹²⁶.

Damit hat der Senat die Ansicht des Berufungsgerichts korrigiert, das von der Klägerin verlangt hatte, den behaupteten anfänglichen negativen Marktwert gegebenenfalls mit privatsachverständiger Unterstützung in konkreten, auf Euro lautenden Beträgen zu beziffern¹²⁷. Durch diese Anforderung hat das Berufungsgericht nach Ansicht des Senats die Anforderungen an schlüssigen Vortrag der Klägerin zu einer Beratungspflichtverletzung unter diesem Gesichtspunkt überspannt¹²⁸. Außerdem hat es unter den Begriff des aufklärungspflichtigen anfänglichen negativen Marktwerts fehlerhaft nicht das Einpreisen der Bruttomarge der Bank, sondern eine zusätzliche Verschiebung des Chance-Risiko-Verhältnisses gefasst¹²⁹. Dies führte zur Aufhebung des Zurückweisungsbeschlusses und Zurückweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts¹³⁰.

e)

Mit weiterem Urteil vom 22. März 2016¹³¹ hat sich der XI. Zivilsenat zu den Voraussetzungen der **Konnexität von Grundgeschäft und Gegengeschäft** bei Abschluss von **Zinssatz-Swap-Verträgen** geäußert.

¹²⁴ BGH, Urteil vom 22. März 2016 – [XI ZR 93/15](#) – juris, Rn. 17.

¹²⁵ Vgl. Senatsurteil vom 28. April 2015 – [XI ZR 378/13](#) – BGHZ 205, 117 – juris, Rn. 38 ff.

¹²⁶ Senatsbeschluss vom 20. Oktober 2015 – [XI ZR 532/14](#) – WM 2015, 2279 – juris, Rn. 16 f.; Senatsurteil vom 22. März 2016 – [XI ZR 93/15](#) – juris, Rn. 17.

¹²⁷ BGH, Urteil vom 22. März 2016 – [XI ZR 93/15](#) – juris, Rn. 12.

¹²⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹²⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹³⁰ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹³¹ [XI ZR 425/14](#) – juris.

Ist die zu einem Zinssatz-Swap-Vertrag mit ihr selbst ratende Bank **zugleich Darlehensgeberin** des Kunden, muss sie nicht offenbaren, dass sie in einen Zinssatz-Swap-Vertrag eine **Bruttomarge eingepreist** hat, sofern Zinssatz-Swap-Vertrag und Darlehensvertrag **konnex** sind. In diesem Fall muss der Kunde bei normativ-objektiver Betrachtung damit rechnen, dass die Bank als Darlehensgeberin nicht nur mit dem Darlehensgeschäft, sondern auch mit dem wirtschaftlich einer Änderung der Bedingungen des Darlehensvertrags gleichkommenden Zinssatz-Swap-Geschäft eigennützige Interessen verfolgt¹³².

Diese Ausnahme von der Aufklärungspflicht setzt voraus, dass der Bezugsbetrag des Zinssatz-Swap-Vertrags der zur Rückzahlung ausstehenden Valuta dieses Darlehensvertrags als **konnexem Grundgeschäft** entspricht oder sie jedenfalls nicht übersteigt. Bei variabel verzinslichen Darlehen muss die Laufzeit des Zinssatz-Swap-Vertrags der des Darlehensvertrags und bei Festzinsdarlehen die Laufzeit des Zinssatz-Swap-Vertrags der der Zinsbindung gleichstehen oder darf sie jedenfalls nicht überschreiten¹³³. Die Zahlungspflichten der Bank aus dem Zinssatz-Swap-Vertrag müssen sich mit dem vom Kunden in dem zugeordneten Darlehensvertrag übernommenen variablen oder festen Zins mindestens im Sinne einer **partiellen Absicherung gegenläufiger Zinsrisiken** decken¹³⁴. Die Bank muss jeweils zum gleichen Stichtag entweder den auf denselben Basiswert, etwa einen Referenzzinssatz, bezogenen variablen Zinssatz des Kunden aus dem Darlehensvertrag im Tausch gegen einen festen Zins übernehmen oder dem Kunden den von ihm aus dem Darlehensvertrag geschuldeten Festzins gegen einen variablen Zins zahlen. Die Parteien müssen mithin wirtschaftlich betrachtet zumindest partiell entweder ein **variabel verzinsliches Darlehen in ein synthetisches Festzinsdar-**

¹³² BGH, Urteil vom 22. März 2016 – [XI ZR 425/14](#) – juris, Rn. 27.

¹³³ a.a.O., juris, Rn. 28.

¹³⁴ Senatsurteil vom 28. April 2015 – [XI ZR 378/13](#) – BGHZ 205, 117 – juris, Rn. 43.

lehen oder ein **Festzinsdarlehen in ein synthetisch variabel verzinsliches Darlehen** umwandeln¹³⁵.

Danach hat der Senat im Ergebnis die Auffassung des Berufungsgerichts bestätigt, dass die Pflicht der beklagten **Landesbank**, über die Einpreisung des anfänglichen negativen Marktwerts aufzuklären, nicht unter dem Aspekt einer konnexen Verknüpfung der Zinssatz-Swap-Verträge mit Darlehen als Grundgeschäften entfallen ist¹³⁶.

Beanstandet hat der Senat demgegenüber die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zur Widerlegung der zugunsten der klagenden Gemeinde streitenden „**Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens**“ nicht erheblich vorgetragen¹³⁷. Anders als das Berufungsgericht angenommen hatte, ist dazu nicht die Darlegung erforderlich, dass die Klägerin die Zinssatz-Swap-Verträge auch „**gegen die Markterwartung**“ abgeschlossen hätte¹³⁸. Da die Aufklärungspflicht auf einem schwerwiegenden Interessenkonflikt beruht¹³⁹, muss die Bank zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung lediglich darlegen und beweisen, dass der Kunde den Swap-Vertrag auch bei Unterrichtung über das **Einpreisen einer Bruttomarge als solcher** und über die **Höhe des eingepreisten Betrags** abgeschlossen hätte¹⁴⁰.

Für das weitere Verfahren hat der Senat auf seine Rechtsprechung hingewiesen, wonach das **Festhalten an wirtschaftlich günstigen Verträgen** in Kenntnis des Umstands, dass die Beklagte einen anfänglichen negativen Marktwert eingepreist hat, ein Indiz dafür sein kann, dass sich der Beratungsfehler auf den Anlageentschluss **nicht ursächlich ausgewirkt**

¹³⁵ BGH, Urteil vom 22. März 2016 – [XI ZR 425/14](#) – juris, Rn. 27.

¹³⁶ a.a.O., juris, Rn. 26, Rn. 29 f.

¹³⁷ a.a.O., juris, Rn. 33.

¹³⁸ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹³⁹ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 34.

hat¹⁴¹. Entsprechend hat der Senat dem Berufungsgericht aufgegeben zu prüfen, ob das Festhalten der Klägerin an sonst günstig verlaufenen Swap-Geschäften die Kausalitätsvermutung widerlegt und ob das Beharren auf den **zusammen mit streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Geschäften geschlossenen Auflösungsverträgen** – gegebenenfalls in der Zusammenschau mit weiteren Umständen – dafür spricht, dass die Klägerin das Einpreisen einer Bruttomarge wegen der mit den Auflösungsverträgen verbundenen Vorteile hingenommen hätte.

Die **Auflösungsverträge** bezogen auf zeitlich **frühere Swap-Geschäfte** haben in dieser Entscheidung im Zusammenhang mit dem Gesichtspunkt der **Vorteilsausgleichung** Bedeutung erlangt. Nach Ansicht des Senats kommt eine Vorteilsausgleichung in Betracht, soweit die Klägerin aufgrund der von ihr als fehlerhaft gerügten Beratung zugleich mit dem Neuabschluss streitgegenständlicher Zinssatz-Swap-Verträge andere, für sie nachteilig verlaufene ältere Geschäfte im Einverständnis mit der Beklagten beendet hat¹⁴². Dieser Vorteil ist vom Anleger **äquivalent- und adäquat-kausal erlangt**¹⁴³. Anders liegt es nur, wenn schon der Abschluss des abgelösten Swap-Vertrags auf einer **pflichtwidrigen Willensbeeinflussung** des Anlegers beruhte¹⁴⁴.

Korrigiert hat der Senat schließlich die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin könne sich gegen die Einrede der Beklagten, Schadensersatzansprüche seien nach § 37a WpHG a.F. **verjährt**, auf **§ 215 BGB** berufen¹⁴⁵. Die Klägerin, die auf §§ 242, 249 Abs. 1 BGB verweist, macht ihrerseits eine **unselbständige Einwendung** geltend, die mit dem Anspruch verjährt, aus dem sie abgeleitet wird. Dieser Anspruch lautet auf

¹⁴¹ Senatsurteile vom 08. Mai 2012 – [XI ZR 262/10](#) – BGHZ 193, 159 – juris, Rn. 50; vom 28. April 2015 – [XI ZR 378/13](#) – BGHZ 205, 117 – juris, Rn. 81; vom 15. Juli 2014 – [XI ZR 418/13](#) – WM 2014, 1670 – juris, Rn. 29; vom 22. März 2016 – [XI ZR 425/14](#) – juris, Rn. 54.

¹⁴² BGH, Urteil vom 22. März 2016 – [XI ZR 425/14](#) – juris, Rn. 40.

¹⁴³ a.a.O., juris, Rn. 44.

¹⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 44 f.

¹⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 48 f.

Vertragsaufhebung nach Maßgabe der § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB. Darauf ist § 215 BGB weder direkt noch analog anwendbar¹⁴⁶.

Seite 30 von 46

f)

Einer Bank kann das **Wissen ihres Prokuristen**, das dieser als **Mitglied des Aufsichtsrats** einer Aktiengesellschaft erlangt hat und das dessen **Verschwiegenheitspflicht** gemäß § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG unterliegt, nicht zugerechnet werden. Ein Mitglied eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft kann nicht **im Vorhinein** für einen bestimmten Themenbereich generell von der Schweigepflicht entbunden werden. Die **Hauptversammlung** einer Aktiengesellschaft ist nicht befugt, über die Offenlegung vertraulicher Angaben und Geheimnisse zu befinden. Das hat der XI. Zivilsenat am 26. April 2016 entschieden¹⁴⁷.

Die Pflicht des Aufsichtsratsmitglieds zur Verschwiegenheit besteht gegenüber allen nicht zu den Organmitgliedern der Gesellschaft gehörenden Personen, insbesondere für in den Aufsichtsrat gewählte **Bankenvertreter** gegenüber ihrem Arbeitgeber. Nur so ist gewährleistet, dass der Aufsichtsrat seine gesetzliche Überwachungs- und Beratungsfunktion erfüllen und der Vorstand den Aufsichtsrat frühzeitig über sensible Vorfälle, Daten und Vorhaben informieren kann, ohne dass er die Weitergabe – speziell an das finanzierende Kreditinstitut oder die Hausbank – und die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile für das Unternehmen befürchten muss. Für solche Umstände, die unter die Verschwiegenheitspflicht aus § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG fallen und durch deren Weitergabe das Aufsichtsratsmitglied seine Schweigepflicht verletzen würde, scheidet eine **Wissenszurechnung** daher aus¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Senatsurteil vom 28. April 2015 – [XI ZR 378/13](#) – BGHZ 205, 117 – juris, Rn. 48; vom 22. März 2016 – [XI ZR 425/14](#) – juris, Rn. 49 f.

¹⁴⁷ [XI ZR 108/15](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung [XI ZR 166/15](#) vom gleichen Tage.

¹⁴⁸ BGH, Urteil vom 26. April 2016 – [XI ZR 108/15](#) – juris Rn. 30 f.

Mit Rücksicht auf den abschließenden Charakter des Schweigegebots aus § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG kann ein Aufsichtsratsmitglied auch nicht **im Vorhinein für einen bestimmten Themenbereich generell** von der Schweigepflicht entbunden werden¹⁴⁹.

Darüber hinaus ist nicht die **Hauptversammlung** einer Aktiengesellschaft befugt, über die Offenlegung vertraulicher Angaben und Geheimnisse zu befinden. Vielmehr ist allein der **Vorstand „Herr der Gesellschaftsgeheimnisse“** und kann im Einzelfall nach sorgfältiger Abwägung der widerstreitenden Interessen für eine Offenlegung optieren und die betreffende vertrauliche Angabe oder das Geheimnis öffentlich machen¹⁵⁰.

Die mit der Revision angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte angenommen, der Prokurist der beklagten **Direktbank** sei aus Anlass seiner Bestellung in den Aufsichtsrat der A. AG durch die Hauptversammlung konkludent von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Beklagten insoweit befreit worden, als Daten für die Durchführung der vertraglichen **Kooperationsvereinbarung** zwischen der A. AG und der Beklagten erforderlich gewesen seien. Aufgrund der danach gerechtfertigten Wissenszurechnung sei für die Beklagte eine **systematische Fehlberatung** der gemeinsamen Kunden durch die A. AG bei über die Beklagte in Auftrag gegebenen **Wertpapiergeschäften** positiv bekannt und **objektiv evident** gewesen, was zu ihrer Haftung wegen Verletzung der **Warnpflicht** führe.

Dieser Beurteilung ist der XI. Senat auch noch aus anderen Gründen entgegengetreten. Nach Ansicht des Senats waren die systematischen Beratungsfehler für die Bank selbst dann **nicht objektiv evident**, wenn sie Kenntnis vom Beratungsgegenstand der betreffenden Aufsichtsratssitzung

¹⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 35.

gehabt hätte. Nach der Rechtsprechung des Senats bestand damit **keine Hinweis- und Warnpflicht** der Beklagten gegenüber den Klägern. Denn sie war nicht verpflichtet, sich aufgrund des bloßen **Verdachts** einer Fehlberatung die zu dessen Validierung erforderlichen Informationen zu beschaffen, die richtige **Einstufung der Wertpapiere in Risikoklassen** vorzunehmen und bei der A. AG nachzufragen, in welchen Risikoklassen die einzelnen Kunden erfasst waren¹⁵¹. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats muss ein Kreditinstitut im Falle von nebenvertraglichen Aufklärungs-, Warn- und Hinweispflichten nämlich nur das ihm **präsen- te Wissen** offenbaren. Die Bank ist also nur verpflichtet, von ihr als wesentlich erkanntes Wissen zu offenbaren, nicht aber sich durch eigene Nachforschungen hinsichtlich etwaiger Risiken den **Wissensvorsprung** erst zu verschaffen¹⁵².

g)

Nach einer Entscheidung des III. Zivilsenats vom 19. Mai 2016¹⁵³ sind folgende von einer ein **Sondervermögen** verwaltenden Kapitalanlagegesellschaft im Rahmen von **Investmentverträgen** betreffend den Erwerb und das Halten von Investmentanteilen nach dem Investmentgesetz verwendeten **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** nicht nach § 307 BGB unwirksam:

„§ 7

...

3. Daneben gehen die folgenden Aufwendungen zulasten des Sondervermögens:

...

c) Kosten für den Druck und Versand der für die Anleger bestimmten Jahres- und Halbjahresberichte;

¹⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 40.

¹⁵² Senatsurteile vom 18. November 2003 – [XI ZR 322/01](#) – WM 2004, 172 – juris, Rn. 17; vom 29. April 2008 – [XI ZR 221/07](#) – WM 2008, 1121 – juris, Rn. 19; vom 26. April 2016 – [XI ZR 108/15](#) – juris, Rn. 39.

¹⁵³ [III ZR 399/14](#) – juris.

d) Kosten der Bekanntmachung der Jahres- und Halbjahresberichte, der Ausgabe- und Rücknahmepreise und ggf. der Ausschüttungen und des Auflösungsberichtes;
...“.

Nach Ansicht des Senats ergibt sich aus § 31 Abs. 3 InvG (vgl. jetzt § 93 Abs. 3 KAGB) i.V.m. §§ 1, 2 Abs. 2, § 9 Abs. 1 Satz 1 InvG eine Befugnis der Investmentgesellschaft zur Belastung des Sondermögens mit den in den Klauseln genannten Kosten¹⁵⁴. Danach tritt entsprechend der Rechtsnatur einer Anlage in Gestalt eines Sondervermögens an die Stelle der individuellen Haftung des Anlegers für Aufwendungen der Kapitalanlagegesellschaft aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag die Befugnis der Kapitalanlagegesellschaft, sich wegen ihrer **Ansprüche auf Vergütung und auf Ersatz von Aufwendungen** aus den für gemeinschaftliche Rechnung – und nach § 9 Abs. 1 Satz 2 InvG ausschließlich im Interesse – der Anleger getätigten Geschäften **aus dem Sondervermögen zu befriedigen**¹⁵⁵. Dies hat zur Folge, dass die Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen, die notwendige Folge der Verwaltung des Sondervermögens sind und mit ihr in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, nicht – wie sonst im Auftragsrecht¹⁵⁶ – unter dem Gesichtspunkt **allgemeiner Geschäftskosten** verneint werden kann¹⁵⁷.

Die in den streitgegenständlichen Klauseln genannten Kosten gehören zu den **ordentlichen Aufwendungen**, welche sich als **notwendige Folge** der Verwaltung des Sondervermögens ergeben. Sie entstehen auch allein für die Verwaltung der Anlage und sind von dem sonstigen Geschäftsaufwand der Gesellschaft abgrenzbar¹⁵⁸.

¹⁵⁴ BGH, Urteil vom 19. Mai 2016 – [III ZR 399/14](#) – juris, Rn. 24.

¹⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 26.

¹⁵⁶ BGH, Beschluss vom 05. Juli 2000 – [XII ZB 58/97](#) – NJW 2000, 3712 – juris, Rn. 17; Urteil vom 19. Mai 2016 – [III ZR 399/14](#) – juris, Rn. 19 f.

¹⁵⁷ Urteil vom 19. Mai 2016 – [III ZR 399/14](#) – juris, Rn. 27.

¹⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 28.

Die Unterlassungsklage des Verbraucherschutzverbands blieb damit wie schon in den Vorinstanzen ohne Erfolg.

h)

Hat der **Erwerber eines Grundstücks** den mit der Abwicklung beauftragten und hierzu umfassend bevollmächtigten **Geschäftsbesorger** auch dazu beauftragt und bevollmächtigt, einen **vergütungspflichtigen Finanzierungsvermittlungsvertrag** zu schließen, so ergeben sich für die **finanzierende Bank** aus dem Umstand, dass die die Finanzierung betreffenden Absprachen ihr gegenüber nicht vom Finanzierungsvermittler, sondern vom Geschäftsbesorger getroffen wurden, **keine objektiv evidenten Verdachtsmomente** für einen **Vollmachtmissbrauch** des Geschäftsbesorgers bei Aufnahme des Darlehens zur Finanzierung einer Finanzierungsvermittlungsprovision. Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 14. Juni 2016¹⁵⁹ entschieden.

Nach der Rechtsprechung des Senats trifft den Vertragspartner keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von seiner nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen¹⁶⁰. Etwas anderes gilt nur bei einem erkennbaren Missbrauch der Vertretungsmacht, d.h., wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so dass beim Vertragspartner begründete Zweifel bestehen mussten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege. Notwendig ist dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende objektive Evidenz des Missbrauchs, die insbesondere dann gegeben ist, wenn sich nach den gegebenen Umständen die Notwendigkeit einer Rückfrage des Geschäftsggners bei dem Vertretenen geradezu aufdrängt¹⁶¹.

¹⁵⁹ [XI ZR 483/14](#) –, juris.

¹⁶⁰ Vgl. Senatsurteile vom 29. Juni 1999 – XI ZR 277/98 – WM 1999, 1617, 1618 und vom 01. Juni 2010 – [XI ZR 389/09](#) – WM 2010, 1218 – juris, Rn. 29.

¹⁶¹ Vgl. BGH, Urteile vom 01. Februar 2012 – [VIII ZR 307/10](#) – WM 2012, 2020 – juris, Rn. 21 und vom 09. Mai 2014 – [V ZR 305/12](#) – WM 2014, 1964 – juris, Rn. 18.

Ausgehend von diesen Maßstäben hat der Senat die Annahme des Berufungsgerichts beanstandet, der klagenden Bank habe sich aufdrängen müssen, dass die im Prospekt genannte Finanzierungsvermittlerin ihr gegenüber keine **vergütungspflichtige Tätigkeit** entfaltet habe¹⁶². Insbesondere musste sich der Klägerin das Fehlen einer zumindest **mitursächlichen Vermittlungsleistung** der Finanzierungsvermittlerin nicht deshalb aufdrängen, weil die konkret auf den Beklagten bezogene Finanzierungsanfrage nicht von dieser, sondern von der **Abwicklungsbeauftragten** gestellt worden ist – die über eine **Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz** nicht verfügte – und letztere auch dessen Selbstauskunft und die sonstigen Bonitätsunterlagen übermittelt hat¹⁶³. Einer Vermittlungsleistung zugunsten des Beklagten steht auch nicht entgegen, dass dieser damals **noch nicht als Erwerber feststand**, sondern die Vollmacht zum Abschluss des Finanzierungsvermittlungsvertrags und zur Aufnahme der Darlehen erst später erteilt hat¹⁶⁴. Weil nach der Konzeption des Anlagemodells die Anleger allein die Abwicklungsbeauftragte mit dem Abschluss von Darlehensverträgen bevollmächtigen sollten, war es auch nicht bedenklich, dass die finanzierende Bank nur unmittelbar mit dieser die allgemeinen Konditionen für die Zwischen- und Endfinanzierung verhandelt hat und ihr von dieser die konkrete Finanzierungsanfrage und die Bonitätsunterlagen zugeleitet wurden. Aus Sicht der Bank lag es nahe, dass die Abwicklungsbeauftragte dabei mit Wissen und im Einverständnis der Finanzierungsvermittlerin als deren **Erfüllungsgehilfin** agiert hat¹⁶⁵.

Nach alledem konnte auch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts keinen Bestand haben, der Klägerin sei es nach einer im Rahmen des § 242 BGB anzustellenden **Gesamtbetrachtung** verwehrt, sich auf einen durch die **Vorlage der Vollmachtsurkunde vermittelten Rechtsschein**

¹⁶² BGH, Urteil vom 14. Juni 2016 – [XI ZR 483/14](#) – juris, Rn. 26.

¹⁶³ a.a.O., juris, Rn. 33.

¹⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 35.

zu berufen, weil sie selbst treuwidrig dem Beklagten die Information vor-
enthalten habe, dass die Abwicklungsbeauftragte auf seine Kosten einen
nicht erforderlichen Finanzierungsvermittlungsvertrag geschlossen ha-
be¹⁶⁶. Diese Erwägung veranlasste den Senat zu der Klarstellung, dass
sich die Voraussetzungen der Rechtsscheinvollmacht kraft **Vorlage einer
Vollmachtsurkunde** nicht aus § 242 BGB, sondern aus **§ 172 Abs. 1
BGB** ergeben und die Klägerin keine dahingehende Informationspflicht
traf¹⁶⁷. Die Rechtssache war daher zur Feststellung, ob eine notarielle
Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vorgelegen hatte, an das Berufungs-
gericht zurückzuverweisen¹⁶⁸.

i)

Wie der II. Zivilsenat mit Urteil vom 21. Juni 2016¹⁶⁹ entschieden hat,
informiert der Prospekt eines **geschlossenen Immobilienfonds** den
Anlageinteressenten zutreffend über den Anteil der Kosten, die nicht in
das Fondsgrundstück fließen (sog. **Weichkosten**), wenn der Interessent
den im Prospekt angegebenen Anteil dieser Kosten an den Gesamtkosten
mittels eines **einfachen Rechenschritts** in den Anteil an der Anlagesum-
me umrechnen kann.

Der Senat knüpft an seine Rechtsprechung an, wonach ein Prospekt feh-
lerhaft ist, wenn der Anleger dem Prospekt den für seine Anlageentschei-
dung wesentlichen Umstand, in welchem Umfang seine Beteiligung nicht
in das Anlageobjekt fließt, sondern für **Aufwendungen außerhalb der
Anschaffungs- und Herstellungskosten** verwendet wird, nicht ohne wei-
teres entnehmen kann. Mit den Anforderungen an einen wahrheitsgemä-
ßen, vollständigen und verständlichen Prospekt ist es nicht zu vereinba-
ren, wenn der Anleger zur **Ermittlung des Anteils der Weichkosten** erst
verschiedene Prospektangaben abgleichen und anschließend eine Rei-

¹⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 37.

¹⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 37.

¹⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 38.

¹⁶⁹ II ZR 331/14 – juris.

he von Rechengängen durchführen muss¹⁷⁰. Nicht erforderlich ist andererseits, dass der Anteil der Weichkosten im Prospekt mit einer **Prozentzahl vom Anlagebetrag** angegeben wird. Vielmehr genügt es, wenn der Anleger diesen Anteil mittels eines einfachen Rechenschritts feststellen kann¹⁷¹.

Nach der Beurteilung des Senats genügt es danach den Anforderungen, wenn im Prospekt auf derselben Seite sowohl die Kosten für Dienstleistungen und Garantien als auch das Kapital der Fondszeichner und die Höhe der Fremdfinanzierung **in absoluten Zahlen** zutreffend wiedergegeben werden, weil der Anleger mit diesen Angaben mittels eines einfachen Rechenschritts die Höhe des **Anteils der Weichkosten am Anlagebetrag** unschwer und ohne Abgleich unterschiedlicher Prospektangaben feststellen kann¹⁷². In einem solchen Fall wird die Darstellung der Weichkosten auch nicht dadurch **irreführend**, dass der Prospekt den Anteil der Weichkosten **an den geplanten Gesamtausgaben**, also einschließlich des geplanten erheblichen Fremdkapitalvolumens, prozentual mit 11,2 % angibt¹⁷³. Denn der Anleger, von dem eine sorgfältige und eingehende Lektüre des Prospekts verlangt werden kann¹⁷⁴, kann den Angaben auf der nämlichen Seite unschwer entnehmen, dass sich die angegebene Prozentzahl von 11,2 % nicht auf den Anteil der Weichkosten an den Einlagen der Kommanditisten bezieht¹⁷⁵.

Mit dieser Würdigung hat der Senat die Auffassung des Berufungsgerichts korrigiert, das noch angenommen hatte, die Prospektangaben seien geeignet, den für die Anlageentscheidung maßgeblichen Anteil der Weich-

¹⁷⁰ BGH, Urteil vom 06. Februar 2006 – [II ZR 329/04](#) – ZIP 2006, 893 Rn. 9.

¹⁷¹ BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 – [III ZR 404/12](#) – ZIP 2014, 381 – juris, Rn. 14 ff.; Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZR 319/13](#) – juris, Rn. 37 ff.; Urteil vom 21. Juni 2016 – [II ZR 331/14](#) – juris, Rn. 16.

¹⁷² BGH, Urteil vom 21. Juni 2016 – [II ZR 331/14](#) – juris, Rn. 16.

¹⁷³ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁷⁴ BGH, Urteil vom 05. März 2013 – [II ZR 252/11](#) – ZIP 2013, 773 – juris, Rn. 14; Urteil vom 21. Juni 2016 – [II ZR 331/14](#) – juris, Rn. 20.

¹⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 18 f.

kosten an den Einlagen der Kommanditisten zu **verschleiern**¹⁷⁶. Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, damit Feststellungen zu den weiteren von dem Kläger behaupteten Aufklärungsmängeln getroffen werden können.

j)

Die Pflicht eines **Anlagevermittlers oder Anlageberaters** zur Aufklärung über **Innenprovisionen** von mehr als 15 % besteht auch bei der Vermittlung einer Kapitalanlage in Form einer **Eigentumswohnung** und unabhängig davon, ob die Kapitalanlage mittels eines Prospekts vertrieben wird oder nicht. Das hat der III. Zivilsenat mit Urteil vom 23. Juni 2016¹⁷⁷ klargestellt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats hat ein Anlagevermittler oder ein Anlageberater den Erwerber einer von ihm vermittelten Anlage unaufgefordert über **Vertriebsprovisionen** aufzuklären, wenn diese **15 %** des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreiten. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass Vertriebsprovisionen solchen Umfangs Rückschlüsse auf eine **geringere Werthaltigkeit und Rentabilität der Kapitalanlage** eröffnen und dies wiederum einen für die Anlageentscheidung derart bedeutsamen Umstand darstellt, dass der Anlageinteressent hierüber informiert werden muss¹⁷⁸. Dies gilt insbesondere auch für die Vermittlung von Kapitalanlagen in Form einer **Eigentumswohnung**¹⁷⁹. Dass der **Verkäufer** keine entsprechende Aufklärung schuldet, wenn das Objekt nicht mittels eines Prospekts vertrieben wird, sondern durch mündliche

¹⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹⁷⁷ [III ZR 308/15](#) – juris.

¹⁷⁸ Vgl. Senat, Urteile vom 12. Februar 2004 – [III ZR 359/02](#) – BGHZ 158, 110 – juris, Rn. 33 f.; vom 09. Februar 2006 – [III ZR 20/05](#) – NJW-RR 2006, 685 – juris, Rn. 5 und vom 03. März 2011 – [III ZR 170/10](#) – NJW-RR 2011, 913 – juris, Rn. 16, 22; Beschluss vom 29. Januar 2015 – [III ZR 547/13](#) – juris, Rn. 8; Urteil vom 23. Juni 2016 – [III ZR 308/15](#) – juris, Rn. 11.

¹⁷⁹ Vgl. Senat, Urteil vom 09. Februar 2006 – [III ZR 20/05](#) – NJW-RR 2006, 685 – juris, Rn. 5 und Beschluss vom 29. Januar 2015 – [III ZR 547/13](#) – juris, Rn. 8; Urteil vom 23. Juni 2016 – [III ZR 308/15](#) – juris, Rn. 12.

Beratung anhand eines **konkreten Berechnungsbeispiels**¹⁸⁰, entlastet den Anlageberater bzw. Anlagevermittler nicht, denn dessen Aufklärungspflichten ergeben sich aus dem selbständig zwischen diesem und dem Anleger bestehenden Vertragsverhältnis, woraus dieser dem Anleger eine **richtige und vollständige Information** über diejenigen tatsächlichen Umstände schuldet, die für dessen Anlageentscheidung von besonderer Bedeutung sind¹⁸¹. Das ist bei einer Provision von mehr als 15 % der Fall, weil hieraus Rückschlüsse auf eine geringere Werthaltigkeit des Objekts gezogen werden können. Je höher die Provisionen sind, desto geringer ist nämlich der Anteil des vom Verkäufer angenommenen Immobilienwertes am Kaufpreis. Darauf, **welchen Wert die Wohnung tatsächlich hat** und ob der Preis den Wert um über 15 % übersteigt, kommt es **nicht** an¹⁸². Aus den gleichen Gründen kommt es für das Bestehen der Aufklärungspflicht des Anlagevermittlers bzw. Anlageberaters auch nicht darauf an, ob die Anlage **mittels eines Prospekts** vertrieben wurde¹⁸³.

Beanstandet hat der Senat ferner, dass das Berufungsgericht die **Substantiierungsanforderungen** an den Vortrag betreffend eine Innenprovision von 20 % **überspannt** und es dadurch versäumt hat, den Sachvortrag des Klägers in der gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen und den angebotenen Beweis zu erheben¹⁸⁴. Der betreffende Vortrag konnte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht als unerhebliche Behauptung **ins Blaue hinein** behandelt werden¹⁸⁵. Die Sache war damit (zum wiederholten Mal) zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Vgl. BGH, Urteile vom 14. März 2003 – [V ZR 308/02](#) – NJW 2003, 1811 – juris, Rn. 15; vom 08. Oktober 2004 – [V ZR 18/04](#) – NJW 2005, 820 – juris, Rn. 10; vom 13. Oktober 2006 – [V ZR 66/06](#) – NJW 2007, 1874 – juris, Rn. 7 und vom 10. November 2006 – [V ZR 73/06](#) – juris, Rn. 15.

¹⁸¹ BGH, Urteil vom 23. Juni 2016 – [III ZR 308/15](#) – juris, Rn. 13.

¹⁸² a.a.O., juris, Rn. 22.

¹⁸³ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 24.

k)

Mehrheitsbeschlüsse der Gläubiger nach § 5 SchVG sind auch für solche Gläubiger derselben Anleihe gleichermaßen verbindlich, welche die Anleihe zuvor wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Emittentin **außerordentlich gekündigt** haben. Das hat der XI. Zivilsenat mit erst im Berichtszeitraum veröffentlichtem Urteil vom 08. Dezember 2015¹⁸⁷ entschieden.

Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 SchVG sind Mehrheitsbeschlüsse der Gläubiger für alle Gläubiger derselben Anleihe gleichermaßen verbindlich. Dies stimmt mit der Regelung in § 4 Satz 2 SchVG überein, wonach der Schuldner die Gläubiger gleich behandeln muss. Dies gilt auch für diejenigen Gläubiger, welche die von ihnen gehaltenen Schuldverschreibungen bereits vor der Beschlussfassung außerordentlich gekündigt haben¹⁸⁸. Dafür spricht vor allem der **Sinn und Zweck** der Regelung. Das Schuldverschreibungsgesetz, insbesondere seine beiden Kernvorschriften der §§ 4, 5 SchVG, dient dem Ziel, die Gläubiger einer Anleihe in der **Krise des Schuldners** auf der Grundlage vollständiger und richtiger Informationen sowie in einem geordneten, fairen und transparenten Verfahren an dessen **vorinsolvenzrechtlicher Sanierung** gleichmäßig zu beteiligen. Damit geht für die Gläubiger eine „**Beschränkung ihrer individuellen Rechtsmacht**“ einher. Mit diesem Gesetzeszweck wäre es nicht zu vereinbaren, wenn Gläubiger, welche die Schuldverschreibung vor der Beschlussfassung durch die Gläubiger gekündigt haben, die Verbindlichkeit dieses Beschlusses nicht gegen sich gelten lassen müssten. Ohne eine Beteiligung aller Gläubiger und einen **kollektiven Forderungsverzicht** würden der Erfolg der Sanierungsbemühungen nachhaltig gefährdet und – sollte eine solche „**Ausstiegsmöglichkeit**“ eröffnet sein – das Schuldverschreibungsgesetz seine praktische Bedeutung verlieren¹⁸⁹.

¹⁸⁷ [XI ZR 488/14](#) – juris.

¹⁸⁸ BGH, Urteil vom 08. Dezember 2015 – [XI ZR 488/14](#) – juris, Rn. 16 f.

¹⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 24 f.

Die Klägerin musste daher nach Auffassung des Senats einen nach ihrer Kündigung ergangenen Beschluss der Gläubigerversammlung gegen sich gelten lassen, in dessen Vollziehung der Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung der streitgegenständlichen Teilschuldverschreibungen auf die als Abwicklungsstelle eingeschaltete Bank übergegangen und anschließend der Beklagten **erlassen** worden ist¹⁹⁰. Ein Anspruch auf Rückzahlung der von der Beklagten begebenen Unternehmensanleihe zum Nennwert stand der Klägerin somit nicht zu. Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Wiederherstellung des die Klage abweisenden landgerichtlichen Urteils¹⁹¹. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die Klägerin habe die Anleihe wegen einer **Vermögensverschlechterung** der Beklagten kündigen können und sei deshalb nicht an die danach beschlossenen **Restrukturierungsmaßnahmen** gebunden.

I)

Für das auf vor dem 05. August 2009 ausgegebene Anleihen anwendbare **Schuldverschreibungsgesetz von 1899** in der Fassung des Gesetzes vom 05. Oktober 1994 (SchVG 1899) hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 31. Mai 2016¹⁹² entschieden, dass dem Gläubiger einer Anleihe trotz Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners kein Recht zur **Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB** zusteht, wenn diese zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung bereits **Sanierungsbemühungen** beabsichtigt und zeitnah entfaltet hat.

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SchVG 1899 kann die Gläubigerversammlung die Aufgabe oder Beschränkung von Rechten der Gläubiger, insbesondere die Ermäßigung des Zinsfußes oder die Bewilligung einer Stundung, beschließen. Der Erfolg solcher Maßnahmen würde nach Ansicht des Senats gefährdet, wenn einzelnen Anleihegläubigern mit der Berufung auf eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Schuldnerin ein Recht

¹⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹⁹² [XI ZR 370/15](#) – juris.

zur vorzeitigen Kündigung mit der Folge zugebilligt würde, dass sie sich den **Mehrheitsbeschlüssen der Gläubigerversammlung** nach § 11 SchVG 1899 entziehen könnten¹⁹³. Unter Rückgriff auf seine zu § 5 Abs. 2 Satz 1 SchVG ergangene Rechtsprechung¹⁹⁴ argumentiert der Senat auch hier mit dem Grundsatz der **Gleichbehandlung aller Gläubiger**, den er schon in § 12 Abs. 1 Satz 1 und 2 SchVG 1899 verankert sieht, und dem Zweck einer geordneten **vorinsolvenzrechtlichen Sanierung**¹⁹⁵. Im Rahmen der nach § 314 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung¹⁹⁶ führt dies dazu, eine „**Ausstiegsmöglichkeit**“ einzelner Gläubiger so lange zu verneinen, bis die **Sanierungsbemühungen** nach dem Schuldverschreibungsgesetz von 1899 endgültig gescheitert sind¹⁹⁷.

Das Berufungsgericht hatte den Klägern danach zu Recht einen wichtigen Grund zur Kündigung der Teilschuldverschreibungen versagt. Es hatte lediglich übersehen, dass die Beschlüsse der Gläubigerversammlungen, durch die der **Zinssatz** für bestimmte Zeiträume von 6 % p.a. auf 1 % p.a. reduziert worden ist, gemäß **§ 11 Abs. 1 Satz 2 SchVG 1899** dadurch hinfällig geworden ist, dass binnen drei Jahren nach diesen Beschlüssen die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen der Schuldnerin erfolgt ist¹⁹⁸. Dies hatte zur Folge, dass die ursprünglichen Rechte der Gläubiger und damit auch der Anspruch auf eine sechsprozentige Verzinsung der Anleihe wiederauflebten und die Revision in diesem Umfang Erfolg hatte¹⁹⁹.

¹⁹³ BGH, Urteil vom 31. Mai 2016 – [XI ZR 370/15](#) – juris Rn. 39.

¹⁹⁴ BGH, Urteil vom 08. Dezember 2015 – [XI ZR 488/14](#) – juris (s.o.).

¹⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 39 f.

¹⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 35.

¹⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 41.

¹⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 20 f.

¹⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 22 f.

6.-9. Factoring/Leasing, Geldwäsche, Bankenaufsicht, Steuerliche Bezüge

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

10. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

a)

An der Voraussetzung, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von den geltend gemachten **Feststellungszielen** abhängt (**§ 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG**), fehlt es jedenfalls dann, wenn die Sache ohne weitere Beweiserhebungen und **ohne Rückgriff** auf die Feststellungsziele eines Musterverfahrens **entscheidungsreif** ist. Das hat der III. Zivilsenat mit Beschluss vom 28. Januar 2016²⁰⁰ entschieden und sich damit einer Entscheidung des XI. Zivilsenats aus dem Jahr 2014²⁰¹ angeschlossen.

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG ist für eine **Aussetzung** erforderlich, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von den geltend gemachten Feststellungszielen **abhängt**. Daran fehlt es jedenfalls dann, wenn die Sache ohne weitere Beweiserhebungen und ohne Rückgriff auf die Feststellungsziele eines Musterverfahrens entscheidungsreif ist. Grund dafür ist, dass durch das Musterverfahren in solchen Fällen keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten sind, die für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich werden können, und es den Prozessparteien deswegen auch nicht zuzumuten ist, den Ausgang eines Musterverfahrens abzuwarten²⁰². An der Entscheidungserheblichkeit der Feststellungsziele fehlt es danach insbesondere, wenn der Rechtsstreit wegen **Verjährung** etwaiger Schadensersatzansprüche des Klägers unabhängig vom Ausgang des Muster-

²⁰⁰ [III ZB 88/15](#) – juris.

²⁰¹ BGH, Beschluss vom 02. Dezember 2014 – [XI ZB 17/13](#) – juris.

²⁰² BGH, Beschluss vom 02. Dezember 2014 – [XI ZB 17/13](#) – juris, Rn. 13 f.; Beschluss vom 28. Januar 2016 – [III ZB 88/15](#) – juris, Rn. 14.

verfahrens im Sinne einer sachlichen Abweisung der Klage entscheidungsreif ist²⁰³.

Seite 44 von 46

Im Zusammenhang mit der danach zu prüfenden Verjährungsfrage musste sich der Senat erneut mit den Anforderungen an die **nötige Individualisierung** des geltend gemachten prozessualen Anspruchs in einem **Güteantrag in Anlageberatungsfällen** befassen. In Bestätigung und Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung hat er ausgesprochen, dass der Güteantrag regelmäßig die **konkrete Kapitalanlage** zu bezeichnen, die **Zeichnungssumme** sowie den (ungefähren) **Beratungszeitraum** anzugeben und den **Hergang der Beratung** mindestens im Groben zu umreißen hat. Ferner ist das **angestrebte Verfahrensziel** zumindest soweit zu umschreiben, dass dem Gegner und der Gütestelle ein Rückschluss auf Art und Umfang der verfolgten Forderung möglich ist; eine genaue Bezifferung der Forderung muss der Güteantrag seiner Funktion gemäß dem gegenüber grundsätzlich nicht enthalten²⁰⁴.

Diese Anforderungen verfehlt der Güteantrag im Streitfall nach Ansicht des Senats vor allem deshalb, weil das angestrebte Verfahrensziel, also **Art und Umfang der Forderung**, im Dunkeln bleibt. Denn darin bleibt ausdrücklich offen, ob das eingebrachte **Beteiligungskapital fremdfinanziert** war, so dass ein etwaiger Schaden auch oder gar zu einem großen Teil in den aufgebrauchten Zins- und Tilgungsleistungen bestanden hätte. Die **Größenordnung** des geltend gemachten Anspruchs ist für die Antragsgegnerin und für die Gütestelle hiernach aus dem Güteantrag nicht zu erkennen und auch nicht wenigstens im Groben einzuschätzen gewesen²⁰⁵.

²⁰³ BGH, Beschluss vom 28. Januar 2016 – [III ZB 88/15](#) – juris, Rn. 13.

²⁰⁴ Senatsurteile vom 18. Juni 2015 – [III ZR 198/14](#) – NJW 2015, 2407 – juris, Rn. 25; vom 20. August 2015 – [III ZR 373/14](#) – NJW 2015, 3297 – juris, Rn. 18; vom 03. September 2015 – [III ZR 347/14](#) – juris, Rn. 17 und vom 15. Oktober 2015 – [III ZR 170/14](#) – WM 2015, 2181 – juris, Rn. 17; Beschluss vom 28. Januar 2016 – [III ZB 88/15](#) – juris, Rn. 16.

²⁰⁵ BGH, Beschluss vom 28. Januar 2016 – [III ZB 88/15](#) – juris Rn. 17.

Da der Güteantrag sonach keine Hemmung der Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB herbeizuführen vermochte, war der Rechtsstreit nach Ansicht des Senats ohne weitere Beweiserhebungen und ohne Rückgriff auf die Feststellungsziele eines Musterverfahrens als entscheidungsreif zu werten, weil etwaige Schadensersatzansprüche des Klägers verjährt sind²⁰⁶. Die **zugelassene Rechtsbeschwerde** führte danach zur **Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses** des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht muss dem Verfahren nunmehr Fortgang geben²⁰⁷.

b)

Mit Beschluss vom 04. Mai 2016²⁰⁸ hatte sich der III. Zivilsenat mit der Auslegung einer Regelung in einer von einer staatlich anerkannten **Gütestelle** erlassenen **Verfahrensordnung** zu befassen, wonach die **schriftliche Vollmacht** beizufügen oder **auf Antrag nachzureichen** ist. Zudem hat er entschieden, dass es für die konkrete **Beendigung** eines Güteverfahrens i.S.d. § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB in erster Linie auf den **Inhalt der Verfahrensordnung** der Gütestelle ankommt.

Der Senat hat die Verfahrensordnung der Gütestelle („Die schriftliche Vollmacht ist beizufügen oder auf Antrag nachzureichen“) mit dem Berufungsgericht dahingehend ausgelegt, dass bei anwaltlicher Vertretung des Antragstellers – in **Parallele zu §§ 80, 88 ZPO** – eine Prüfung der Vollmacht regelmäßig nur **auf Antrag der Gegenseite** erfolgt und dementsprechend mit dem Güteantrag eine Vollmachtsurkunde nicht notwendig beizufügen ist²⁰⁹. Auch ohne Vollmachtsnachweis genügte der Güteantrag damit den **formalen Anforderungen**²¹⁰ der für die Gütestelle maßgeblichen Verfah-

²⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 15.

²⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 8.

²⁰⁸ [III ZR 100/15](#) – juris.

²⁰⁹ BGH, Beschluss vom 04. Mai 2016 – [III ZR 100/15](#) – juris, Rn. 2, Rn. 7.

²¹⁰ Zu dieser Voraussetzung für die Verjährungshemmung vgl. Senatsurteile vom 18. Juni 2015 – [III ZR 198/14](#) – NJW 2015, 2407 – juris, Rn. 21 und vom 20. August 2015 – [III ZR 373/14](#) – WM 2015, 1807 – juris, Rn. 16; BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 – [IV ZR 405/14](#) – WM 2015, 2288 – juris, Rn. 13.

rensvorschriften, und konnte daher die Hemmungswirkung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB herbeiführen²¹¹. Seite 46 von 46

Durch welche konkrete Verfahrenshandlung ein Güteverfahren im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB im Fall eines Vergleichs, der Rücknahme des Güteantrags oder durch die **Einstellung des Verfahrens wegen Scheiterns des Einigungsversuchs** endet, kann nur innerhalb der **Verfahrensordnung der jeweiligen Gütestelle** festgestellt werden²¹². Bestimmt die Verfahrensordnung, dass das Verfahren endet, wenn eine Partei erklärt, dass sie nicht an einem Mediationstermin teilnimmt **und dies der anderen Partei mitgeteilt wird**, beginnt die **Nachlauffrist** danach erst mit der Mitteilung des Scheiterns des Güteversuchs an die andere Partei²¹³.

Karlsruhe, den 17. August 2016

Dr. Peter Rädler

²¹¹ BGH, Beschluss vom 04. Mai 2016 – [III ZR 100/15](#) – juris, Rn. 3 f.

²¹² BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 – [XI ZB 12/12](#) – BGHZ 203, 1 – juris, Rn. 160; Urteil vom 28. Oktober 2015 – [IV ZR 405/14](#) – WM 2015, 2288 – juris, Rn. 27; Beschluss vom 04. Mai 2016 – [III ZR 100/15](#) – juris, Rn. 9.

²¹³ BGH, Beschluss vom 04. Mai 2016 – [III ZR 100/15](#) – juris, Rn. 9.