

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 1. Halbjahr 2017

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

Nachstehend haben wir für Sie die im 1. Halbjahr 2017 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst¹. Berücksichtigt sind die bis zum 10. Juli 2017 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 1. Halbjahr 2017 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 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](#)“.

1.

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

a)

Mit Urteil vom 14. März 2017² hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zur **ergänzenden Vertragsauslegung** bei fehlender Einbeziehung oder Unwirksamkeit einer **Zinsänderungsklausel zu laufenden Zinsen in einem Sparvertrag** Stellung zu nehmen.

Der Senat bestätigt seine Rechtsprechung, wonach eine Zinsänderungsklausel in einem Sparvertrag wegen eines **Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 BGB** unwirksam ist, wenn sie nicht das **erforderliche Mindestmaß an Kalkulierbarkeit** möglicher Zinsänderungen aufweist.³ Diese Anforderung war im Streitfall nicht erfüllt; die Zinsänderungsklausel lautete:⁴ „Spareinlagen werden zu den von der Bank durch Aushang in den Geschäftsräumen der kontoführenden Stelle bekannt gegebenen Zinssätzen verzinst. Änderungen werden mit der Bekanntgabe wirksam.“

Die dadurch im Hinblick auf die Höhe des variablen Zinssatzes bestehende Regelungslücke ist im Wege **ergänzender Vertragsauslegung** zu schließen.⁵ Diese scheidet nicht daran, dass dem **Bekanntgabeerfordernis** nach Satz 2 der Klausel nachträglich nicht genüge getan werden kann. Zum einen ist die Klausel **insgesamt unwirksam**.⁶ Zum anderen ist eine Bekanntgabe des geänderten Zinssatzes auch sachlich nicht erforderlich. Ein geschäftspolitisches Ermessen der Bank bei der Zinsfestsetzung besteht bei der ergänzenden Vertragsauslegung nicht. Vielmehr hat das

² [XI ZR 508/15](#) – juris.

³ BGH, Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 508/15](#) – juris, Rn. 18 im Anschluss an Senatsurteile vom 13. April 2010 – [XI ZR 197/09](#), BGHZ 185, 166 und vom 21. Dezember 2010 – [XI ZR 52/08](#), WM 2011, 306.

⁴ BGH, Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 508/15](#) – juris, Rn. 3.

⁵ BGH, a.a.O., Rn. 19.

⁶ BGH, a.a.O., Rn. 22.

Gericht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung Anpassungsmaßstab und -modus in der Weise zu bestimmen, dass dem Erfordernis der **Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit von Zinsänderungen** genügt ist.⁷ Schließlich würde ein Bekanntgabeerfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung zu keiner interessengerechten Schließung der planwidrigen Regelungslücke führen, weil es darauf gerichtet wäre, einer Partei **Unmögliches** abzuverlangen.⁸

Die ergänzende Auslegung ist als Teil der rechtlichen Würdigung **vom Richter selbst** durchzuführen. Er kann die für die Auslegung bedeutsamen Tatsachen durch Beweisaufnahme – hier durch schriftliches Sachverständigengutachten – klären lassen, muss aber selbst entscheiden, welche Regelung zur Zinsanpassung die Parteien in Kenntnis der Regelungslücke nach dem Vertragszweck und angemessener Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als redliche Vertragspartner – etwa zum Referenzzins und zur Anpassungsschwelle unter gleichzeitiger Wahrung des Äquivalenzprinzips – getroffen hätten.⁹

Diesen Anforderungen wurde das Urteil des Berufungsgerichts hier nicht gerecht, weil es sich darauf beschränkt hatte, das Ergebnis des von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens wiederzugeben, demzufolge der Sachverständige unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Art des Vertrags, seiner Laufzeit und des Referenzzinssatzes einen Saldo i.H.v. 597,44 € berechnet hatte.¹⁰ Diese **pauschale Bezugnahme** auf das Ergebnis des Sachverständigengutachtens hat der Senat beanstandet, weil es sich bei der Vertragsauslegung um eine **Rechtsfrage** handelt, die einer Begutachtung durch Sachverständige nicht zugänglich ist.¹¹ Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird das

⁷ BGH, a.a.O., Rn. 25.

⁸ BGH, a.a.O., Rn. 26.

⁹ BGH, a.a.O., Rn. 27 f.

¹⁰ BGH, a.a.O., Rn. 28.

¹¹ BGH, a.a.O., Rn. 29.

Gericht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nunmehr nach Maßgabe der einschlägigen Senatsrechtsprechung selbst die **Parameter einer Zinsanpassung** festzustellen haben, die in sachlicher und zeitlicher Hinsicht dem **mutmaßlichen Parteiwillen** entsprechen.¹² In diesem Zusammenhang hält der Senat in Anbetracht der **Laufzeit des Sparvertrags von 25 Jahren** dafür, einen **Referenzzinssatz für langfristige Spareinlagen** heranzuziehen. Dass der Sparer nach der Sperrfrist von 24 Monaten zu einer ordentlichen Kündigung des Vertrags mit einer Frist von drei Monaten berechtigt ist, steht dem nach Ansicht des Senats nicht entgegen, weil die volle Prämie von 50 % der jährlichen Sparleistungen erst ab dem 15. Jahr bis zum Ende der Vertragslaufzeit anfällt, die vorzeitige Kündigung mithin für den Sparer keine wirtschaftlich vernünftige Handlungsoption darstellt.¹³

b)

Die in den von einer **Bausparkasse** für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen vorformulierten Darlehensverträgen enthaltene Bestimmung „**Kontogebühr: derzeit je Konto 9,48 EUR jährlich (gemäß ABB)**“ sowie die in den Allgemeinen Bausparbedingungen (ABB) enthaltene Bestimmung „**Für ein Konto in der Darlehensphase beträgt die Kontogebühr 9,48 €**“ sind im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 09. Mai 2017¹⁴ entschieden. Der Senat knüpft damit an seine restriktive Rechtsprechung gegenüber Bearbeitungsentgelten an, der bereits die Darlehensgebühr der Bausparkassen zum Opfer gefallen ist.¹⁵

Nach Ansicht des Senats stellen die zitierten Regelungen aus dem Darlehensvertrag und den einbezogenen ABB eine **einheitliche Regelung** dar, die insgesamt an § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu messen ist.¹⁶ Die so ver-

¹² BGH, a.a.O., Rn. 32.

¹³ BGH, a.a.O., Rn. 33.

¹⁴ [XI ZR 308/15](#) – juris.

¹⁵ BGH, Urteil vom 08. November 2016 – [XI ZR 552/15](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

¹⁶ BGH, Urteil vom 09. Mai 2017 – [XI ZR 308/15](#) – juris, Rn. 21, Rn. 26.

standene einheitliche Regelung über die Erhebung einer Kontogebühr **in der Darlehensphase** enthält eine **kontrollfähige Preisnebenabrede** im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechungsgrundsätze. Denn hierdurch wird nach dem Dafürhalten des Senats weder ein (Teil-) Preis für die Erfüllung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht vereinbart noch das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung der Bausparkasse.¹⁷

Nach den ABB wird die Kontogebühr auch in der Darlehensphase ausdrücklich für die „bausparteknische Verwaltung, Kollektivsteuerung und Führung einer Zuteilungsmasse“ berechnet. Die damit angesprochenen **Verwaltungstätigkeiten** (fortlaufende Bewertung einzelnen Bausparverträge im Hinblick auf Sparleistung, Vertragsdauer und Zuteilungsreife, Bedienung zuteilungsreifer Verträge bei freiwerdender Zuteilungsmasse) sind in der hier allein maßgeblichen Darlehensphase **keine Hauptleistung** der Bausparkasse, sondern lediglich notwendige Vorleistungen für die eigentliche Leistungserbringung, nämlich die Gewährung eines relativ niedrig verzinslichen Bauspardarlehens aus der zur Verfügung stehenden Zuteilungsmasse.¹⁸

Nach Darlehensgewährung, also mit Beendigung der Ansparphase und Eintritt in die Darlehensphase, ist es für die Leistungserbringung der Bausparkasse **gegenüber dem Darlehensnehmer ohne Bedeutung**, ob auch weiterhin die Zuteilungsmasse überwacht und verwaltet wird sowie die übrigen Bausparverträge ständig neu bewertet werden. Dass die Bausparkasse die Zahlungen des Kunden zur Ermittlung etwaiger Rückstände im Hinblick auf Zins und Tilgung überwacht und diese Leistungen in geordneter Weise verbucht, liegt ausschließlich in ihrem **eigenen Interesse**.¹⁹

¹⁷ BGH, a.a.O., Rn. 21 f., Rn. 27 f.

¹⁸ BGH, a.a.O., Rn. 29.

¹⁹ BGH, a.a.O., Rn. 31.

Der hiernach eröffneten **Inhaltskontrolle** halten die beanstandeten Klauseln zur Kontogebühr in der Darlehensphase nach der Beurteilung des Senats nicht stand. Sie weichen nach den vom Senat in ständiger Rechtsprechung angewendeten Grundsätzen von **wesentlichen Grundgedanken** der gesetzlichen Regelung ab. Dadurch werden die Bausparkunden der Beklagten auch **unangemessen benachteiligt**, § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.²⁰

Die Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung liegt nach Ansicht des Senats darin, dass die Berechnung der Kontogebühr in der Darlehensphase der Abgeltung von Aufwand für im Zusammenhang mit Bauspardarlehen stehende Verwaltungstätigkeiten der Bausparkasse dient und folglich Kosten auf deren Kunden abgewälzt werden, die für Tätigkeiten anfallen, die von ihr **überwiegend im eigenen Interesse** erbracht werden.²¹ Ein vom allgemeinen Darlehensrecht abweichendes gesetzliches Leitbild für das Bauspardarlehen lehnt der Senat in diesem Zusammenhang ab.²²

Die unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners wird durch die klauselmäßige Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung **indiziert**. Hinreichende Gründe, die die Klausel bei der gebotenen **umfassenden Interessenabwägung** gleichwohl als angemessen erscheinen lassen, bestehen nicht.²³ Mit der Kontogebühr wird kein Beitrag zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Bausparwesens geleistet, der geeignet wäre, die mit ihrer Erhebung für den einzelnen Bausparer verbundenen Nachteile aufzuwiegen.²⁴ Ebenso wie die vom Senat für unwirksam erachtete Darlehensgebühr fließt die Kontogebühr nicht in die dem Kollektiv der Bausparer für die Zuteilung von Bauspardar-

²⁰ BGH, a.a.O., Rn. 33 unter Hinweis auf Senatsurteile vom 13. Mai 2014 – [XI ZR 405/12](#) – BGHZ 201, 168 – juris, Rn. 66 f. und [XI ZR 170/13](#) – WM 2014, 1325 – juris, Rn. 71 f.

²¹ BGH, Urteil vom 09. Mai 2017 – [XI ZR 308/15](#) – juris, Rn. 36.

²² BGH, a.a.O., Rn. 37 f. unter Hinweis auf Senatsurteil vom 08. November 2016 – [XI ZR 552/15](#) – WM 2017, 87 Rn. 36 f.

²³ BGH, Urteil vom 09. Mai 2017 – [XI ZR 308/15](#) – juris, Rn. 41 f.

²⁴ BGH, a.a.O., Rn. 43 f.

lehen zur Verfügung stehende Zuteilungsmasse, sondern stellt für die Bausparkasse eine Ertragsposition dar, die deren Jahresergebnis erhöht. Auf die Wahrnehmung unmittelbarer **kollektiver Gesamtinteressen** kann sich die Bausparkasse mithin nicht berufen.²⁵

Die Revision des die Verbraucherinteressen wahrnehmenden Vereins (§ 4 UKlaG) hatte danach Erfolg. Der Senat hat einen **Unterlassungsanspruch** aus § 1 UKlaG bejaht, der neben der Pflicht, die Verwendung der Klausel in Neuverträgen zu unterlassen, auch die Verpflichtung umfasst, bei der Durchführung bereits bestehender Verträge die beanstandete Klausel nicht anzuwenden.²⁶ Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die Kontogebühr weiche mit Blick auf die besondere Systematik des kollektiven Bausparens, das die Umlegung der Kosten für die Kollektivsteuerung und die Führung einer Zuteilungsmasse rechtfertige, nicht von wesentlichen Grundprinzipien des dispositiven Rechts ab.

2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

a)

Eine **Bausparkasse** darf im Regelfall einen **Bausparvertrag** gemäß § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung (nunmehr § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB) nach **Ablauf von zehn Jahren nach Zuteilungsreife kündigen**. Das hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs am 21. Februar 2017²⁷ entschieden.

Nach Ansicht des Senats ist auf einen Bausparvertrag **Darlehensrecht** anzuwenden. Unabhängig von der rechtlichen Beurteilung der Verknüpfung von Ansparphase und Darlehensphase besteht sowohl in der Ansparphase als auch in der Darlehensphase zwischen den Vertragsparteien ein

²⁵ BGH, a.a.O., Rn. 44.

²⁶ BGH, a.a.O., Rn. 54.

²⁷ [XI ZR 185/16](#); vgl. auch die Parallelentscheidung [XI ZR 272/16](#) vom gleichen Tage.

Darlehensverhältnis, wobei der Bausparer in der **Ansparphase** der Darlehensgeber und die **Bausparkasse die Darlehensnehmerin** ist.²⁸

Eine Kündigungsmöglichkeit der Bausparkasse besteht allerdings **nicht nach § 488 Abs. 3 BGB a.F.**, denn diese Regelung ist durch die Allgemeinen Bausparbedingungen (ABB) zumindest **stillschweigend abbedungen**. Diese sehen ein Kündigungsrecht der Bausparkasse während der Ansparphase nur unter den (im Streitfall nicht erfüllten) Voraussetzungen des **§ 5 Abs. 3 ABB** vor, nämlich für den Fall, dass der Bausparer in näher bezeichnetem Umfang mit den Regelsparbeiträgen in **Rückstand** gerät. Hieraus folgt, dass einem Bausparer bei vertragsgemäßer Erbringung der Ansparleistungen grundsätzlich ein Anspruch auf Gewährung eines Bauspardarlehens zusteht. Dies bedingt einen stillschweigend vereinbarten Ausschluss des gesetzlichen Kündigungsrechts aus § 488 Abs. 3 BGB a.F., weil anderenfalls die Bausparkasse dem Bausparer jederzeit den bedingungsgemäßen Anspruch auf Gewährung eines Bauspardarlehens entziehen könnte.²⁹ Etwas anderes gilt nur, wenn die Bausparsumme (was im Streitfall nicht der Fall war) **voll angespart** worden ist.

Dagegen kann sich die Bausparkasse zehn Jahre nach Zuteilungsreife im Regelfall auf das **Kündigungsrecht aus § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB a.F.** (jetzt: der nahezu wortgleiche § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB) stützen. Diese Norm ist nach Ansicht des Senats auf das **Einlagengeschäft von Bausparkassen** anzuwenden und unterliegt insoweit keiner teleologischen Reduktion.³⁰ Für diese Sichtweise sprechen, wie der Senat eingehend darlegt, Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der Vorschrift.³¹ Der Senat erkennt schließlich das Interesse der Bausparkasse an, Bausparverträge kündigen zu können, bei denen **nicht mehr marktgerechte Einlagenzinsen** vereinbart sind.³²

²⁸ BGH, Urteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 185/16](#) – juris, Rn. 20 f.

²⁹ BGH, a.a.O., Rn. 24 f.

³⁰ BGH, a.a.O., Rn. 34 f.

³¹ BGH, a.a.O., Rn. 37 f.

³² BGH, a.a.O., Rn. 61.

Die **tatbestandlichen Voraussetzungen** des Kündigungsrechts aus § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB a.F. sind zehn Jahre nach der erstmaligen Zuteilungsreife typischerweise erfüllt.³³ Jedenfalls im Regelfall hat die Bausparkasse das Darlehen im **Zeitpunkt der erstmaligen Zuteilungsreife** i.S.v. § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB a.F. **vollständig empfangen**.³⁴ Obwohl der Vertrag mit der Nichtannahme der Zuteilung fortgesetzt wird, stellt dieser Zeitpunkt bestimmungsgemäß eine Zäsur im typischen Ablauf eines Bausparvertrags dar.³⁵ **Etwas anderes gilt allerdings dann**, wenn nach den vertraglichen Vereinbarungen der Bausparer z.B. im Falle eines (zeitlich begrenzten) Verzichts auf das zugeteilte Bauspardarlehen und nach Ablauf einer bestimmten Treuezeit einen **(Zins-) Bonus** erhält. In einem solchen Fall ist der Vertragszweck von den Vertragsparteien dahingehend modifiziert, dass er erst mit Erlangung des Bonus erreicht ist, so dass auch erst zu diesem Zeitpunkt ein vollständiger Empfang des Darlehens i.S.d. § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB a.F. anzunehmen ist.³⁶

Das Kündigungsrecht aus § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB a.F. wird insbesondere nicht dadurch berührt, dass die Bausparkasse nach Zuteilungsreife nicht die **Erbringung der fälligen Regelsparbeiträge verlangt** und gegebenenfalls den Vertrag nach § 488 Abs. 3 BGB a.F. oder gemäß § 5 Abs. 3 ABB **wegen Zahlungsverzuges gekündigt** hat. Das mögliche Bestehen dieser Kündigungsrechte schließt die gesetzliche Kündigungsmöglichkeit nicht aus.³⁷

Diese Beurteilung führte zur Aufhebung des Berufungsgerichts und zur Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung.³⁸ Das Berufungsgericht hatte, anders als die Vorinstanz, ein Kündigungsrecht der Bausparkasse verneint. Dem Kündigungsrecht steht es nach Ansicht des Senats

³³ BGH, a.a.O., Rn. 69 f.

³⁴ BGH, a.a.O., Rn. 71 f; Rn. 76 f.

³⁵ BGH, a.a.O., Rn. 80.

³⁶ BGH, a.a.O., Rn. 81.

³⁷ BGH, a.a.O., Rn. 86.

³⁸ BGH, a.a.O., Rn. 95.

nicht entgegen, wenn der Bausparvertrag von der beklagten Bausparkasse alternativ zum Bauspardarlehen – revisionsrechtlich zu unterstellen – auch als „**Altersvorsorge**“ angepriesen wurde. Dies bedeutet nicht, dass das ohnehin unabdingbare Kündigungsrecht der Bausparkasse gemäß § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB a.F. ausgeschlossen ist. Da bedingungsgemäß keine Verpflichtung besteht, das Bauspardarlehen in Anspruch zu nehmen, geht mit dem Ansparvorgang zwangsläufig die Bildung eines Kapitalstocks einher, welcher als Rücklage der Altersvorsorge dienen kann. Zur Erreichung dieses Zwecks ist die unbefristete und von Seiten der Bausparkasse unkündbare Fortsetzung des Ansparvorgangs aber nicht erforderlich.³⁹

b)

Wie der XI. Zivilsenat ebenfalls am 21. Februar 2017⁴⁰ entschieden hat, bemisst sich das **Interesse** eines Bausparers an der **Feststellung des Fortbestandes eines Bausparvertrages**, dessen Kündigung von Seiten der Bausparkasse nach mehr als zehnjähriger Zuteilungsreife erklärt worden ist, gemäß §§ 3, 9 ZPO nach dem **dreieinhalbfachen Jahreszinsertrag des Bausparguthabens**, von dem mit Rücksicht auf die positive Feststellungsklage ein **Abzug von 20 %** vorzunehmen ist.

Das für die Wertfestsetzung gemäß § 3 ZPO maßgebliche objektiv zu ermittelnde wirtschaftliche Interesse des Bausparers liegt in der Fortsetzung des Bausparvertrags und der fortwährenden Zahlung der vereinbarten Guthabenzinsen.⁴¹ Ein wirtschaftliches Interesse an der Zuteilung des Bauspardarlehens besteht hingegen jedenfalls nach der derzeitigen Marktlage nicht, so dass ein solches für die Wertbemessung außer Acht zu las-

³⁹ BGH, a.a.O., Rn. 96.

⁴⁰ [XI ZR 88/16](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung [XI ZR 169/16](#) vom gleichen Tage

⁴¹ BGH, Beschluss vom 21. Februar 2016 – [XI ZR 88/16](#) – juris, Rn. 15; vgl. auch BGH, Beschluss vom 23. Mai 2017 – [II ZR 169/16](#) – juris, Rn. 5, wonach bei sich verändernden Jahresbeträgen auf den höchsten für die Berechnung maßgeblichen Einzelwert in den ersten dreieinhalb Jahren nach Klageerhebung abzustellen ist.

sen ist.⁴² Im Fall der positiven Feststellungsklage ist von dem dreieinhalbfachen Jahreszins ertrag ein Abschlag i.H.v. 20 % vorzunehmen.⁴³

Dies führte in diesem Fall zur **Verwerfung der Nichtzulassungsbeschwerde** als unzulässig, weil die gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO erforderliche Mindestbeschwerde von mehr als 20.000,00 € nicht erreicht war.⁴⁴

c)

Der **Schadensersatzanspruch des Darlehensnehmers** wegen **fehlerhafter Aufklärung** über die wirtschaftlichen Nachteile einer Kombination aus Darlehensvertrag und Kapitallebensversicherungsvertrag **entsteht** i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB mit **Abschluss** der zur Finanzierung und Tilgung empfohlenen Verträge. Das hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 16. Mai 2017⁴⁵ entschieden.

Ähnlich wie bei der Empfehlung einer Kapitalanlage oder einer anteilsgebundenen Lebensversicherung stellt der auf einer Aufklärungspflichtverletzung beruhende **Abschluss** eines für den Darlehensnehmer nachteiligen, weil seinen Zielen und Vermögensinteressen nicht entsprechenden **Finanzierungs- und Tilgungsmodells aus Darlehensvertrag und Kapitallebensversicherung** bereits für sich genommen einen **Schaden** dar und berechtigt ihn daher **unabhängig von der Entwicklung der Lebensversicherung** dazu, im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile zu verlangen. Der Anspruch entsteht hierbei schon mit dem Abschluss der zur Finanzierung und Tilgung empfohlenen Verträge. Schon darin liegt eine konkrete Verschlechterung der Vermögenslage, nicht nur der für den Verjährungsbeginn nicht genügende Eintritt einer risikobehafteten Situation.⁴⁶

⁴² BGH, Beschluss vom 21. Februar 2016 – [XI ZR 88/16](#) – juris, Rn. 16.

⁴³ BGH, a.a.O., Rn. 18.

⁴⁴ BGH, a.a.O., Rn. 3.

⁴⁵ [XI ZR 430/16](#) – juris.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 430/16](#) – juris Rn. 18.

Die Revision blieb danach erfolglos. Das Berufungsgericht hatte nach der Rechtsauffassung des Senats zutreffend angenommen, dass ein etwaiger Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der **im Jahr 2001 erfolgten Finanzierungsberatung** nach § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1 und 4 EGBGB mit Ablauf des 02. Januar 2012 **verjährt** war.⁴⁷

Damit konnte auch der von der Klägerin geltend gemachte **Bereicherungsanspruch** aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB keinen Erfolg haben. Die durch die Ablaufleistung der Lebensversicherung nicht gedeckte und somit von der Klägerin selbst aufgebrauchte Schlusszahlung auf den fälligen Darlehensrückzahlungsanspruch erfolgte mit Rechtsgrund. Soweit die Klägerin dem unter Berufung auf ihren vermeintlichen Schadensersatzanspruch wegen Aufklärungsverschuldens ein Leistungsverweigerungsrecht aus §§ 242, 249 Abs. 1 BGB entgegenhält, handelt es sich um eine **unselbständige Einwendung**, die mit dem Anspruch verjährt, aus dem sie abgeleitet wird.⁴⁸

d)

Nach der Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 22. November 2016⁴⁹, deren Gründe erst nach Erscheinen des Newsletters II/2016 veröffentlicht wurden, informiert die Wendung in einem Verbraucherdarlehensvertrag, die **Widerrufsfrist beginne „nach Abschluss des Vertrags, aber erst, nachdem der Darlehensnehmer alle Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB erhalten hat“**, für sich **klar und verständlich** über den Beginn der Widerrufsfrist.

Wie der Senat weiter entschieden hat, informiert der Darlehensgeber den Darlehensnehmer klar und verständlich über die Voraussetzungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist, wenn er den Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB

⁴⁷ BGH, a.a.O., Rn. 16.

⁴⁸ BGH, a.a.O., Rn. 22.

⁴⁹ [XI ZR 434/15](#) – juris.

(in der seit dem 30. Juli 2010 geltenden Fassung) mittels in Klammern gesetzter **Beispiele für Pflichtangaben** erläutert und es sich dabei um auf den Vertragstyp anwendbare Pflichtangaben im Sinne des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche handelt. Darüber hinaus befasst sich die Entscheidung mit den **Voraussetzungen einer vertraglichen Erweiterung** der Bedingungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist.

Nach dem auf den Verbraucherdarlehensvertrag anwendbaren Recht begann die Widerrufsfrist nach § 495 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) BGB in der zwischen dem 30. Juli 2010 und dem 12. Juni 2014 geltenden Fassung nicht, bevor der Darlehensnehmer die **Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB** in der seit dem 30. Juli 2010 geltenden Fassung erhalten hatte. Zu diesen Pflichtangaben gehörte nach § 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB – hier: in der zwischen dem 11. Juni 2010 und dem 03. August 2011 geltenden Fassung – und Art. 247 § 9 Abs. 1 Satz 1 und 3 EGBGB in der zwischen dem 11. Juni 2010 und dem 20. März 2016 geltenden Fassung die Erteilung einer wirksamen **Widerrufsinformation**.⁵⁰

Die Wendung, die Widerrufsfrist beginne „nach Abschluss des Vertrags, aber erst, nachdem der Darlehensnehmer alle Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB [...] erhalten hat“, ist nach Ansicht des Senats auch für sich hinreichend klar und verständlich. Mit der Passage „nach Abschluss des Vertrags“ hat die Bank **in zulässiger Weise den Gesetzestext** aus § 495 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) BGB a.F. übernommen. Eine weitere Präzisierung oder Paraphrasierung des dort gemeinten Zeitpunkts konnte von ihr nicht verlangt werden; der Unternehmer muss nicht genauer formulieren als der Gesetzgeber selbst.⁵¹ Ebenso klar und verständlich ist die **Bezugnahme auf die jedermann zugängliche gesetzliche Vorschrift** des § 492 Abs. 2 BGB.⁵² Die Information zum Beginn der Widerrufsfrist leidet

⁵⁰ BGH, Urteil vom 22. November 2016 – [XI ZR 434/15](#) – juris, Rn. 10.

⁵¹ BGH, a.a.O., Rn. 17.

⁵² BGH, a.a.O., Rn. 18 f.; bestätigt durch BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 24; ebenso BGH, Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris,

in ihrer Klarheit und Verständlichkeit auch nicht aufgrund des Umstands, dass der Regelungsgehalt des § 492 Abs. 2 BGB **anhand von Beispielen erläutert** ist.⁵³

Durch die beispielhafte Auflistung einzelner „Pflichtangaben“, bei denen es sich tatsächlich nicht um Pflichtangaben im technischen Sinne handelte, haben die Parteien **einverständlich** und wirksam die bei Immobiliendarlehensverträgen entbehrlichen Angaben nach Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 3 und 5 EGBGB a.F. zu **zusätzlichen Voraussetzungen** für das Anlaufen der Widerrufsfrist gemacht.⁵⁴ Die vorformulierte Widerrufsinformation enthält nach Ansicht des Senats den Antrag, die Voraussetzungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist **auf vertraglicher Grundlage** zu erweitern. Dieses ihnen günstig unbedenkliche Angebot haben die Darlehensnehmer durch Unterzeichnung des Darlehensvertrags angenommen. Dass die Verlängerung der Widerrufsfrist und die Information über die Voraussetzungen ihres Anlaufens in einem Akt zusammenfallen, berührt die Ordnungsmäßigkeit der Widerrufsinformation nicht.⁵⁵

Das einen wirksamen Widerruf des Darlehensvertrags aberkennende Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Zwar war die Widerrufsbelehrung zutreffend. Jedoch hatte die beklagte Bank die Kläger entgegen der von ihr **vertraglich übernommenen weiteren Voraussetzung** für das Anlaufen der Widerrufsfrist nicht im Darlehensvertrag über die für sie **zuständige Aufsichtsbehörde** unterrichtet. Damit hatte sie nicht sämtliche vertraglichen Bedingungen erfüllt, um die Widerrufsfrist in Gang zu setzen.⁵⁶ Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache.

Rn. 46; im gleichen Sinne Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris Rn. 23 zum Verweis auf den Wortlaut des § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F.

⁵³ BGH, Urteil vom 22. November 2016 – [XI ZR 434/15](#) – juris, Rn. 22.

⁵⁴ BGH, a.a.O., Rn. 29.

⁵⁵ BGH, a.a.O., Rn. 30 f.

⁵⁶ BGH, a.a.O., Rn. 33.

e)

In der Konstellation eines Maklervertrags hatte sich der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 12. Januar 2017⁵⁷ mit den **Anforderungen an die Erklärung eines Widerrufs** nach § 355 Abs. 1 BGB a.F. zu befassen. Danach muss der Verbraucher das Wort „widerrufen“ nicht unbedingt verwenden; es genügt, wenn er deutlich zum Ausdruck bringt, er wolle den Vertrag **von Anfang an nicht gelten lassen**. Eine Widerrufserklärung liegt deshalb nicht schon in der **Anzeige der Verteidigungsbereitschaft** im Rechtsstreit. Wohl aber kann eine im Prozess ausgesprochene **Anfechtung einer Vertragserklärung wegen arglistiger Täuschung** als Widerruf ausgelegt werden.⁵⁸

Die Verteidigungsanzeige erschöpft sich in der reinen **Prozesserklärung**, der Klage entgentreten zu wollen (§ 276 Abs. 2 Satz 1 ZPO); sie hat zur Folge, dass kein Versäumnisurteil nach § 331 Abs. 3 ZPO ergehen kann. Eine Widerrufserklärung, also eine Erklärung materiell-rechtlicher Natur, der Erklärende wolle an einem Vertrag nicht festhalten, kann dem nicht entnommen werden.⁵⁹ Anders liegt es hingegen bei einer **Vertragsanfechtung wegen arglistiger Täuschung**. Wird eine auf einen bestimmten Vertrag gerichtete Erklärung durch die Vertragspartei wegen arglistiger Täuschung angefochten, wird damit hinreichend deutlich gemacht, dass der Anfechtende einen etwaigen Vertrag nicht gegen sich gelten lassen will.⁶⁰

Der als **Fernabsatzvertrag** nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. über eine Internetanzeige zustande gekommene Maklervertrag war danach fristgerecht widerrufen. Da der Makler den Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt hatte, konnte der Widerruf noch in der Klageerwiderung – in Gestalt der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung – rechtzeitig erklärt werden. Unter diesen Umständen steht dem Makler auch kein An-

⁵⁷ [I ZR 198/15](#) – juris.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 – [I ZR 198/15](#) – juris, Rn. 42 f.

⁵⁹ BGH, a.a.O, Rn. 43.

⁶⁰ BGH, a.a.O, Rn. 46.

spruch auf **Wertersatz** in Höhe der vereinbarten Provision zu. Denn nach § 312e Abs. 2 BGB a.F. (jetzt § 357 Abs. 8 Satz 1 BGB) hat der Verbraucher bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen Wertersatz für die **erbrachte Dienstleistung** nur zu leisten, wenn er vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist und wenn er ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt. Daran fehlte es hier.⁶¹ Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

f)

Die Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 24. Januar 2017⁶² befasst sich mit den **Anforderungen des Deutlichkeitsgebots** an die bei Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags als eines **Fernabsatzvertrags** erteilte **Widerrufsbelehrung**.

Kommt ein Verbraucherdarlehensvertrag als Fernabsatzvertrag zustande, trifft die Bank trotz des Vorrangs des Widerrufsrechts nach § 495 Abs. 1 BGB vor dem Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. nach altem, hier noch anwendbarem Recht⁶³ die fernabsatzrechtliche Verpflichtung, ihre Vertragspartner auch über die **Rechtsfolgen des Widerrufs** zu belehren. Dazu gehörten auch die Modifikationen bei der Wertersatzpflicht nach § 312d Abs. 6 BGB a.F.⁶⁴ Dem genügt die Belehrung nicht, wenn der Unternehmer von den zwei Voraussetzungen, von denen nach § 312d Abs. 6 BGB a.F. die Verpflichtung zur Leistung von Wertersatz abhing, nur eine bezeichnet. Nach § 312d Abs. 6 BGB a.F. hatte der Verbraucher abweichend von § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. Wertersatz für die erbrachte (Finanz-) Dienstleistung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten, wenn er vor Abgabe seiner Vertragserklärung **auf**

⁶¹ BGH, a.a.O., Rn. 47 f.

⁶² [XI ZR 183/15](#) – juris.

⁶³ § 312d Abs. 2 und Abs. 5 Satz 2, § 312c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F. und § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV a.F.

⁶⁴ BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 29.

diese Rechtsfolge hingewiesen worden war **und** wenn er **ausdrücklich zugestimmt** hatte, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginne. Die im Streitfall zu beurteilende Belehrung erweckte demgegenüber den Eindruck, es genüge für die Wertersatzpflicht, wenn der Verbraucher ausdrücklich **zustimme**, dass die Bank „**mit der Ausführung des Vertrags vor Ablauf der Widerrufsfrist**“ beginne. Der Zusatz war damit nicht nur unvollständig, sondern außerdem, weil er suggerierte, die Wertersatzpflicht hänge von geringeren Anforderungen ab als gesetzlich vorgesehen, zusätzlich geeignet, den Verbraucher von der Ausübung des Widerrufsrechts abzuhalten.⁶⁵

Nicht beanstandet hat der XI. Zivilsenat demgegenüber die Belehrung über den Beginn der Widerrufsfrist.⁶⁶ Durch den Zusatz „**in Textform mitgeteilt wurden**“ am Ende der Auflistung nach den Worten „Die Frist beginnt einen Tag, nachdem Ihnen“ macht die Belehrung hinreichend deutlich, dass das Anlaufen der Widerrufsfrist die Erteilung auch der Widerrufsbelehrung in Textform voraussetzte. Im Übrigen ergibt sich dies nach Ansicht des Senats aus ihrer Verschriftlichung bei gleichzeitigem Verweis auf die Erteilung eines Exemplars „dieser Widerrufsbelehrung“.⁶⁷

Wie der Senat weiter ausgesprochen hat, stellt eine **Verweisung auf eine konkret bezeichnete gesetzliche Vorschrift**,⁶⁸ wenn der Gesetzestext wie hier das Bürgerliche Gesetzbuch und die BGB-Informationspflichten-Verordnung für jedermann ohne weiteres zugänglich ist, keinen Verstoß gegen das Deutlichkeitsgebot dar, sondern dient im Gegenteil der Verständlichkeit, Übersichtlichkeit und Vollständigkeit der Belehrung.⁶⁹

⁶⁵ BGH, a.a.O., Rn. 31.

⁶⁶ BGH, a.a.O., Rn. 21 f.

⁶⁷ BGH, a.a.O., Rn. 22.

⁶⁸ Hier: § 312c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB und § 1 BGB-InfoV in der jeweils zwischen dem 08. Dezember 2004 und dem 10. Juni 2010 geltenden Fassung.

⁶⁹ BGH, a.a.O., Rn. 24; ebenso BGH, Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 46; im gleichen Sinne Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 23 zum Verweis auf den Wortlaut des § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F.

Die Kombination des am Wortlaut des § 312d Abs. 2 BGB a.F. orientierten Zusatzes, die Frist beginne **nicht „vor dem Tag des Abschlusses des Darlehensvertrags“**, mit der Einleitung **„Die Frist beginnt einen Tag, nachdem ...“** verunklart den Fristbeginn nicht. Auch in ihrer Kombination erwecken beide Angaben nach dem Dafürhalten des Senats nicht den unzutreffenden Eindruck, im Falle der Abgabe und des Zugangs von Antrag und Annahme am selben, der Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen nachfolgenden Tag sei die Widerrufsfrist nicht nach § 187 Abs. 1 BGB, sondern nach § 187 Abs. 2 BGB zu berechnen.⁷⁰

Belehrungen zum Thema „Finanzierte Geschäfte“, die mit einigen unmaßgeblichen Anpassungen im Wesentlichen einer Kombination der Texte im Gestaltungshinweis (9) des Musters für die Widerrufsbelehrung gemäß Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV a.F. gleichkommen, machen die Widerrufsbelehrung nach dem bis zum 30. Juli 2010 geltenden Recht auch dann nicht undeutlich, wenn verbundene Verträge nicht vorliegen. Denn Formularverträge müssen für verschiedene Vertragsgestaltungen offen sein (sogenannte „Sammelbelehrung“).⁷¹ Eine Widerrufsbelehrung ist daher nicht generell unwirksam, weil sie Elemente zu finanzierten Geschäften enthält, zu deren Aufnahme der Unternehmer nicht verpflichtet ist.⁷² Dass verbundene Verträge vorliegen, können die Parteien im Übrigen als solches nicht unstreitig stellen, weil es sich dabei um das Ergebnis einer rechtlichen Bewertung handelt.⁷³

Die Revision der beklagten Bank blieb damit im Ergebnis ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hatte den Widerruf der Verbraucherdarlehensverträge

⁷⁰ BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 26; ebenso BGH, Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 47.

⁷¹ Einen weiteren Fall einer zulässigen „Sammelbelehrung“ behandelt BGH, Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 23 (gemeinsame Belehrung über die Frist bei ursprünglicher Belehrung und Nachbelehrung).

⁷² BGH, Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 49 f.; ferner Beschluss vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 66/16](#) – juris, Rn. 9 f. (Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde).

⁷³ BGH, Urteil vom 09. Mai 2017 – [XI ZR 314/15](#) – juris, Rn. 20.

– wenn auch mit teilweise abweichender Begründung – ebenfalls schon für durchgreifend erachtet.

g)

Mit Beschlüssen vom 24. Januar 2017⁷⁴, 07. März 2017⁷⁵ und 25. April 2017⁷⁶ hat der XI. Zivilsenat weitere **Fragen zur gebotenen Deutlichkeit einer Widerrufsbelehrung** geklärt.

Danach schadet der **Fußnotenzusatz „Bitte Frist im Einzelfall prüfen“** bei der Angabe der Widerrufsfrist von „zwei Wochen“ in Abgrenzung zum Senatsurteil vom 12. Juli 2016⁷⁷ dann nicht, wenn er mit der Einleitung **„Bearbeitungshinweis:“** versehen ist. Denn damit ist er deutlich an den die Belehrung erteilenden Mitarbeiter der Bank und nicht an den Darlehensnehmer als Kunden gerichtet.⁷⁸

Eines Hinweises darauf, bei einer **Mehrheit von Darlehensnehmern** könne **jeder für sich** seine auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung widerrufen, bedarf es **nicht**.⁷⁹

Den Voraussetzungen des § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung ist genügt, wenn **Mitdarlehensnehmer Mitbesitz an einer in Textform erteilten Widerrufsbelehrung** erlangt haben.⁸⁰

Ist nach den Worten „Widerrufsbelehrung zu“ der Zusatz **„dem Darlehensvertrag vom“** und das **dem Vertragsschluss vorgelagerte Datum der Erstellung des Vertragsformulars** angefügt, beeinträchtigt dies die Zuordnung der Widerrufsbelehrung zu der auf Abschluss des Darlehens-

⁷⁴ [XI ZR 66/16](#).

⁷⁵ [XI ZR 282/16](#).

⁷⁶ [XI ZR 280/16](#).

⁷⁷ [XI ZR 564/15](#) – WM 2016, 1930 Rn. 19; vgl. auch Urteile vom 09. Mai 2017 – [XI ZR 314/15](#) – juris, Rn. 12; vom 25. April 2017 – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 11.

⁷⁸ BGH, Beschluss vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 66/16](#) – juris, Rn. 6.

⁷⁹ BGH, a.a.O., Rn. 7.

⁸⁰ BGH, Beschluss vom 07. März 2017 – [XI ZR 282/16](#) – juris.

vertrags gerichteten Willenserklärung nicht. Der Zusatz verunklart auch nicht ansonsten hinreichend deutliche Angaben zu den Voraussetzungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist.⁸¹

Die in diesen Fällen jeweils eingelegten Nichtzulassungsbeschwerden blieben danach jeweils erfolglos.

h)

Die Entscheidungen des XI. Zivilsenats vom 21. Februar 2017⁸² und 16. Mai 2017⁸³ befassen sich mit einer **Belehrung über die Voraussetzungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist** bei Verbraucherdarlehen, die **nicht im Wege des Fernabsatzes** geschlossen wurden. Danach ist folgende Belehrung im Geltungsbereich von § 355 in der bis zum 10. Juni 2010 maßgeblichen Fassung hinsichtlich des Fristbeginns **unzureichend deutlich**:⁸⁴

„Der Lauf der Frist für den Widerruf beginnt einen Tag nachdem Ihnen
- ein Exemplar dieser Widerrufsbelehrung,
- die Vertragsurkunde, der schriftliche Vertragsantrag oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Vertragsantrags
zur Verfügung gestellt wurden, aber nicht vor dem Tag des Vertragschlusses.“

Auch im sogenannten **Präsenzgeschäft** kann ein derartiger durch objektive Auslegung ermittelter **Belehrungsfehler** nicht durch die konkreten, aber **nicht in Textform dokumentierten** Umstände der Erteilung der Widerrufsbelehrung ausgeräumt werden.⁸⁵

Eine Widerrufsbelehrung genügt nicht den Vorgaben des § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB a.F., wenn der Fristbeginn mit der Wendung „**eine Vertrags-**

⁸¹ BGH, Beschluss vom 25. April 2017 – [XI ZR 280/16](#) – juris.

⁸² [XI ZR 381/16](#).

⁸³ [XI ZR 586/15](#) – juris.

⁸⁴ BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#) – juris, Rn. 21.

⁸⁵ BGH, Urteile vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 381/16](#) – juris, Rn. 16; vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#) – juris, Rn. 25.

urkunde, der schriftliche Darlehensantrag oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Darlehensantrages“ oder mit der Wendung „die Vertragsurkunde, der schriftliche Vertragsantrag oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Vertragsantrags“ bezeichnet wird, weil dadurch das unrichtige Verständnis nahegelegt wird, die Widerrufsfrist beginne einen Tag nach Zugang des mit der Widerrufsbelehrung versehenen **Vertragsantrags des Unternehmers** ohne Rücksicht darauf, ob der Verbraucher bereits seine auf Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung abgegeben habe.⁸⁶ In dieser Weise missverständliche Formulierungen grenzt der Senat von der an den Verbraucher gerichteten und hinreichend deutlichen Wendung „**eine Vertragsurkunde, Ihr schriftlicher Antrag oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Antrags**“ ab, die durch die Verwendung des **Personalpronomens vor dem Wort „Antrag“** deutlich macht, dass das Anlaufen der Frist von der schriftlichen Abgabe der **Vertragserklärung des Verbrauchers** abhängig ist (Unterstreichungen jeweils nur hier).⁸⁷

Die der zu beurteilenden Belehrung anhaftende Unklarheit wird nicht durch den **Zusatz „aber nicht vor dem Tag des Vertragsschlusses“** hinter den Worten „zur Verfügung gestellt wurden“ ausgeräumt.⁸⁸ Zwar ist dieser Zusatz hinreichend deutlich, soweit der Gesetzgeber selbst gemäß § 312d Abs. 2 BGB in der für im **Fernabsatz** geschlossene Verbraucherdarlehensverträge bis zum 10. Juni 2010 relevanten Fassung an den „Tage des Vertragsschlusses“ angeknüpft hat und sich die Widerrufsfrist nach dieser Vorschrift richtet.⁸⁹ Außerhalb des Fernabsatzvertrags kann mit dieser Wendung indessen nicht der im vorangegangenen Halbsatz gemachte Belehrungsfehler („der schriftliche Vertragsantrag“) ausgeglichen werden.

⁸⁶ BGH, Urteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 381/16](#) – juris Rn. 13 unter Hinweis u.a. auf Senatsurteil vom 10. März 2009 – [XI ZR 33/08](#) – BGHZ 180, 123 Rn. 16; ebenso Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 24.

⁸⁷ BGH, Urteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 381/16](#) – juris, Rn. 13 unter Hinweis auf Senatsbeschluss vom 27. September 2016 – [XI ZR 309/15](#) – juris, Rn. 8; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#) – juris, Rn. 22 f.

⁸⁹ BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#) – juris, Rn. 23 unter Hinweis auf Senatsurteile vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 26 und vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 47.

Damit wird nicht der Beginn der Widerrufsfrist für den Darlehensnehmer klar bestimmbar auf einen Tag hinausgeschoben, an dem die Voraussetzungen des § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB a.F. erfüllt waren. Denn der Tag des Vertragsschlusses musste nicht notwendig mit dem Zugang der Annahmeerklärung des Darlehensnehmers beim Darlehensgeber zusammenfallen. Je nach der Reihenfolge der Vertragserklärungen der Parteien konnte der Vertrag auch (erst) am Tag des Zugangs der Annahmeerklärung des Darlehensnehmers beim Darlehensgeber zustande kommen. Wann dies der Fall war, entzog sich in dieser Konstellation der Kenntnis des Darlehensnehmers, der über interne Abläufe bei dem Darlehensgeber nicht informiert ist und deshalb den für das Anlaufen der Widerrufsfrist maßgeblichen Zeitpunkt nicht sicher bestimmen konnte.⁹⁰

Ist die schriftliche Belehrung nach diesen Maßgaben objektiv fehlerhaft, kann dies nicht durch die **konkreten**, aber nicht in Textform dokumentierten **Umstände der Erteilung der Widerrufsbelehrung** ausgeräumt werden.⁹¹ Denn bei den gesetzlichen Vorgaben sowohl für das Widerrufsrecht als auch für die formelle und inhaltliche Gestaltung der Widerrufsbelehrung handelt es sich um halbzwingendes Recht zu Gunsten des Verbrauchers. Dies gilt auch für die Vorgabe des § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F., den Verbraucher über die Bedingungen seines Widerrufsrechts inhaltlich vollständig deutlich in Textform zu belehren. Das schließt es aus, den Inhalt einer Widerrufsbelehrung anhand des nicht in Textform dokumentierten gemeinsamen Verständnisses der Parteien nach Maßgabe der besonderen Umstände ihrer Erteilung zu präzisieren, weil darin zugleich zulasten des Verbrauchers ein teilweiser Verzicht auf die Formvorgaben des § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. läge.⁹²

In dem Verfahren XI ZR 586/15 führte dies zur Zurückweisung der Revision der beklagten Bank. In dem Verfahren XI ZR 381/16 konnte das Urteil des Berufungsgerichts hingegen keinen Bestand haben. Das Berufungs-

⁹⁰ BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#) – juris, Rn. 24.

⁹¹ BGH, Urteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 381/16](#) – juris, Rn. 16.

⁹² BGH, a.a.O., Rn. 17.

gericht hatte noch angenommen, es könne für den Beginn des Fristlaufs bei verständiger Würdigung und für die Kläger unzweifelhaft erkennbar nur auf den Erhalt der den Klägern ausgehändigten und von beiden Parteien unterschriebenen Vertragsurkunde ankommen, weil der Darlehensvertrag als Präsenzggeschäft, also bei zeitgleicher Anwesenheit aller vertrags-schließenden Teile an einem Ort, zustande gekommen sei. Diese Erwägung hat der Senat aus den genannten Erwägungen zurückgewiesen und zugleich daran erinnert, dass es nach seiner Rechtsprechung auf die **Kausalität des Belehrungsfehlers** nicht ankommt.⁹³ Dies führte zur Zurückverweisung der Sache, da weitere Feststellungen erforderlich sind.

Ferner hat der Senat – mit Blick auf weitere anhängige Fälle sowie das in dieser Hinsicht interpretationsfähige Senatsurteil vom 10. März 2009⁹⁴ – in dem Verfahren XI ZR 381/16 die Gelegenheit zur Klarstellung genutzt, dass der **Begriff „Vertragsurkunde“**, den auch der Gesetzgeber in § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB a.F. verwendet hat, für sich ohne Rücksicht auf die Umstände des Zustandekommens des Darlehensvertrags **niemals un-deutlich** ist. § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB a.F. bezeichnet mit dem Begriff „Vertragsurkunde“ das **von beiden Vertragsparteien unterzeichnete schriftliche Original** des Vertrags. Entsprechend kann der Begriff „Vertragsurkunde“ objektiv auch nicht anders und insbesondere nicht dahin ausgelegt werden, er meine in einem bestimmten Kontext den schriftlichen Vertragsantrag des Darlehensgebers. Der Unternehmer muss **nicht genauer formulieren als der Gesetzgeber** selbst.⁹⁵

i)

Mittels der erkennbar an den Verbraucher gerichteten **Fußnote „Die Widerrufsfrist beträgt gemäß § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB einen Monat, wenn die Widerrufsbelehrung erst nach Vertragsschluss in Textform**

⁹³ BGH, a.a.O., Rn. 18.

⁹⁴ [XI ZR 33/08](#) – BGHZ 180, 123 Rn. 16.

⁹⁵ BGH, Urteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 381/16](#) – juris, Rn. 14 unter Hinweis auf Senatsurteil vom 22. November 2016 – [XI ZR 434/15](#) Rn. 17 (zur Formulierung „nach Abschluss des Vertrags“); Senatsbeschluss vom 27. September 2016 – [XI ZR 309/15](#) – juris, Rn. 8; vgl. auch Urteil vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#) – juris, Rn. 23 zur Wendung „Tag des Vertragsschlusses“.

dem Kunden mitgeteilt wird bzw. werden kann“ im Anschluss an die Angabe „zwei Wochen (einem Monat)“ macht der Verwender einer **Widerrufsbelehrung hinreichend deutlich**, von welchen Voraussetzungen die Geltung einer der beiden im Text alternativ genannten Fristlängen abhängt. Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 14. März 2017⁹⁶ entschieden.

Die zitierte Fußnote ist nach Ansicht des Senats bei der im Streitfall zu beurteilenden Gestaltung **erkennbar an den Verbraucher** gerichtet.⁹⁷ Sie macht ausreichend klar, von welchen Voraussetzungen die Geltung einer der beiden im Text alternativ genannten Fristlängen abhängt. Dabei orientiert sie sich zulässig am Wortlaut des § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. Zugleich macht sie das Gemeinte durch die **ausdrückliche Benennung der Vorschrift** deutlich.⁹⁸ Auch der Zusatz in der Fußnote „**bzw. werden kann**“ ist nicht geeignet, den Hinweis zu verunklaren.⁹⁹ Eine so gestaltete **Sammelbelehrung** – hier: für die ursprüngliche und die Nachbelehrung – ist nach Ansicht des Senats zulässig.¹⁰⁰

Damit war im Streitfall zwar die Belehrung über die Länge der Widerrufsfrist nicht zu beanstanden, wohl aber diejenige über den Fristbeginn, weil sie mittels der Wendung „der schriftliche Vertragsantrag“ nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck brachte, dass Bedingung für das Anlaufen der Widerrufsfrist die Vertragserklärung des Darlehensnehmers war.¹⁰¹ Dies hatte das Berufungsgericht zutreffend erkannt. Sein Urteil konnte gleichwohl keinen Bestand haben, weil es die Frage der **Verwirkung** des Widerrufsrechts noch nicht in jeder Hinsicht anhand der hierzu vom Senat jüngst

⁹⁶ [XI ZR 442/16](#).

⁹⁷ BGH, Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 23.

⁹⁸ BGH, a.a.O., Rn. 23 unter Hinweis auf Senatsurteil vom 22. November 2016 – [XI ZR 434/15](#) – juris, Rn. 19; vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 24; Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 46 zum Verweis auf Bestimmungen des BGB und der BGB-InfoV.

⁹⁹ BGH, Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 23.

¹⁰⁰ BGH, a.a.O., Rn. 23 unter Hinweis auf Senatsurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 51 f.; Senatsbeschluss vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 66/16](#) – juris, Rn. 11.

¹⁰¹ BGH, Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 24 unter Hinweis auf Senatsurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 381/16](#) – juris, Rn. 13 f.

aufgestellten Grundsätze¹⁰² geprüft hatte. Konkret hat der Senat beanstandet, dass das Berufungsgericht den Umstand als unmaßgeblich außer Acht gelassen hat, ob die einverständliche Beendigung des Darlehensvertrags auf Wunsch des Verbrauchers erfolgt ist.¹⁰³ Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

j)

Mit den **Rechtsfolgen** eines erfolgreichen Widerrufs befassen sich zwei Entscheidungen des XI. Zivilsenats vom 25. April 2017.¹⁰⁴ Danach hindert die mit dem **Einbehalt der Kapitalertragsteuer** verbundene besondere Form der Steuererhebung die Durchsetzung des Anspruchs auf Herausgabe mutmaßlich gezogener Nutzungen durch eine auf den Bruttobetrag gerichtete Zahlungsklage nicht, solange der Steuerentrichtungspflichtige Kapitalertragsteuer nicht abgeführt hat.¹⁰⁵ Dementsprechend steht der Aufrechnung des Verbrauchers gegen eine Hauptforderung der Bank mit einer Gegenforderung auf Herausgabe der von der Bank als Rückgewährschuldnerin gezogenen Nutzungen aus Zins- und Tilgungsleistungen des Verbrauchers in Höhe des **Bruttobetrags** nicht entgegen, dass der Zufluss von Nutzungen den Anfall von **Kapitalertragsteuer** nebst Solidaritätszuschlag und von Kirchensteuer nach sich ziehen kann.¹⁰⁶

Nach Ansicht des Senats ist der Verbraucher **in voller Höhe Gläubiger** des Anspruchs aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.¹⁰⁷ i.V.m. § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB. Durch die Vorschriften über den **Steuerabzug** wird zwar die Regel, dass der Schuldner den geschuldeten Betrag unmittelbar an den Gläubiger zu zahlen hat, im Verhältnis zwischen der Bank als Schuldnerin und ihrem Kunden als Gläubiger teilweise durchbrochen. Der Leis-

¹⁰² Senatsurteile vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 501/15](#) – juris, Rn. 40 und [XI ZR 564/15](#) – juris, Rn. 37; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

¹⁰³ BGH, Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 28 unter Hinweis auf Urteile vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 501/15](#) – juris, Rn. 41 und vom 11. Oktober 2016 – [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 30; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

¹⁰⁴ [XI ZR 573/15](#) und [XI ZR 108/16](#) – jeweils juris.

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 25. April 2017 – [XI ZR 573/15](#) – juris, Rn. 40; BGH, Urteil vom 25. April 2017 – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 23.

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 25. April 2017 – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 22.

¹⁰⁷ In der Fassung bis zum 12. Juni 2014.

tung an den durch das Abzugsverfahren gesetzlich ermächtigten Steuerläubiger durch die **Bank als Steuerentrichtungspflichtige** kommt **Erfüllungswirkung** gemäß § 362 Abs. 1 BGB im Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden zu.¹⁰⁸

Diese Erfüllungswirkung ist aber, wenn der Steuerentrichtungspflichtige die Kapitalertragsteuer bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz – wie jeweils in den Streitfällen – noch nicht abgeführt hat, **erst im Zwangsvollstreckungsverfahren** zu berücksichtigen, ohne dass es hierzu eines besonderen Ausspruchs im Tenor einer zusprechenden Entscheidung bedarf.¹⁰⁹ Weil die besondere Form des Steuerabzugs an der materiell-rechtlichen Forderungsinhaberschaft nichts ändert, kann der Verbraucher auch mit einem Anspruch aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB **in voller Höhe aufrechnen**.¹¹⁰ Eine Verkürzung von Einkommensteuer hat die Aufrechnung nach Ansicht des Senats nicht zur Folge, weil der Kunde die Einkünfte im Veranlagungsverfahren angeben muss. Die Bank haftet nicht nach § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG, weil ihr als Aufrechnungsgegnerin weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.¹¹¹

Es konnte daher in beiden Fällen dahinstehen, ob und in welchem Umfang der Zufluss von Nutzungen nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB vom Kunden als Einnahme aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu versteuern ist, weil auch die vom Schuldner „erzwungene“ Kapitalüberlassung oder die Vorenthaltung von Kapital zu steuerbaren Einnahmen auf Kapitalvermögen führen kann.¹¹²

In dem Verfahren XI ZR 573/15 befasst sich der XI. Zivilsenat zudem mit den Anforderungen an die **Widerlegung der Vermutung**, der Darlehens-

¹⁰⁸ BGH, Urteile vom 25. April 2017 – [XI ZR 573/15](#) – juris, Rn. 41; – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 24.

¹⁰⁹ BGH, Urteile vom 25. April 2017 – [XI ZR 573/15](#) – juris, Rn. 42; – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 25.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 25. April 2017 – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 25.

¹¹¹ BGH, a.a.O., Rn. 28.

¹¹² BGH, Urteile vom 25. April 2017 – [XI ZR 573/15](#) – juris, Rn. 43; – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 29.

geber eines **Immobilienkredit** habe aus den von ihm erlangten Zins- und Tilgungsleistungen **Nutzungen in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz** erlangt.

Nach der Rechtsprechung des Senats wird bei einem Immobilienkreditvertrag vermutet, dass die Bank aus ihr überlassenen Zins- und Tilgungsraten Nutzungen in Höhe von (lediglich) zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gezogen hat. Die Vermutung ist unabhängig von der tatsächlichen Entwicklung am Zinsmarkt. Sie wirkt sowohl zugunsten als auch zulasten beider Vertragsparteien und ist in beide Richtungen widerleglich.¹¹³

Wie der Senat jetzt näher ausgeführt hat, ist die Vermutung **konkret bezogen auf die aus dem jeweiligen Kreditvertrag erwirtschafteten Mittel** zu widerlegen. Folglich ist zur Widerlegung der Vermutung zur anderweitigen Nutzung **der konkret überlassenen Mittel** und zu den dabei **konkret angefallenen Aufwendungen** vorzutragen.¹¹⁴

Will die Bank die Vermutung widerlegen, kann sie zum einen konkret dargetun und nachweisen, sie habe keine Nutzungen erzielt, weil sie mit den Leistungen **nicht erwirtschaftet** habe. Dies kann dann allerdings unter den Voraussetzungen des § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 347 BGB einen Anspruch des Verbrauchers wegen eines Verstoßes gegen ihre **Nutzungsobliegenheit** begründen.¹¹⁵

Meint die Bank, die mit den Leistungen erwirtschaftet hat, dem Verlangen nach Herausgabe von Nutzungen **Aufwendungen entgegensetzen** zu können, kann sie bezogen auf ein oder mehrere **konkrete**, mit den vom Rückgewährgläubiger erlangten Mitteln getätigte **Aktivgeschäfte** dargetun und nachweisen, sie habe auf das konkrete Geschäft **rückführbare Ver-**

¹¹³ BGH, Urteil vom 25. April 2017 – [XI ZR 573/15](#) – juris, Rn. 15 unter Hinweis auf Urteil vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 564/15](#) – juris, Rn. 58; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

¹¹⁴ BGH, Urteil vom 25. April 2017 – [XI ZR 573/15](#) – juris, Rn. 18.

¹¹⁵ BGH, a.a.O., Rn. 20.

mögenswerte geopfert, die nach Verrechnung einen Erlös von hier weniger als zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ergäben.¹¹⁶ Unerheblich ist dagegen der Einwand der Bank, sie habe das Darlehen, auf das ihr Leistungen des Rückgewährgläubigers zufließen, **ursprünglich aus eigenen Mitteln ausgereicht**, so dass sich ihr wirtschaftlich nutzbares Vermögen durch den Rückfluss nicht erhöht habe.¹¹⁷

Verwendet die Bank die empfangenen Leistungen dazu, **eigene Verpflichtungen zurückzuführen**, zieht sie Nutzungen gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB in Form **eingesparter Schuldzinsen**, die sie an den Rückgewährgläubiger herauszugeben hat und die sie – sofern geringer als die vermuteten Nutzungen – der Vermutung konkret entgegensetzen kann. Anderes gilt, soweit die Bank eigene Verbindlichkeiten **gegenüber der KfW** erfüllt, die sie eingegangen ist, um das dem Rückgewährgläubiger gewährte Darlehen zu finanzieren. In diesem Fall verfolgt sie mit der Refinanzierung keine eigenwirtschaftlichen Zwecke, so dass ihr auch **ersparte Refinanzierungskosten wirtschaftlich nicht als Nutzungen** zuzurechnen sind.¹¹⁸

Danach konnte die Bank die Vermutung im Streitfall entkräften, weil sie nach den Feststellungen sämtliche von den Klägern auf das KfW-Darlehen erwirtschafteten Zins- und Tilgungsleistungen an die KfW weitergegeben hatte.¹¹⁹ Sie ist deshalb auch nicht nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 347 Abs. 1 BGB zur Herausgabe von entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht gezogenen Nutzungen verpflichtet.¹²⁰

Bezogen auf ein weiteres, nicht aus KfW-Mitteln finanziertes Darlehen fehlte es hingegen an hinreichendem Vortrag der Bank zur konkreten Ver-

¹¹⁶ BGH, a.a.O., Rn. 21.

¹¹⁷ BGH, a.a.O., Rn. 22.

¹¹⁸ BGH, a.a.O., Rn. 23.

¹¹⁹ BGH, a.a.O., Rn. 24.

¹²⁰ BGH, a.a.O., Rn. 26.

wendung der vereinnahmten Zinsen. Der Ansicht der Revision, es komme nicht darauf an, ob sich die Bank bezogen auf jedes einzelne Kreditverhältnis **laufzeitkongruent refinanziert** und ob sie die im Rahmen eines bestimmten Kreditgeschäfts eingenommenen Gelder im Einzelfall gerade dafür verwendet habe, die Refinanzierung des konkreten Kreditverhältnisses zurückzuführen, hat sich der Senat nicht angeschlossen.¹²¹ Vielmehr muss die Bank zur Widerlegung der Vermutung dartun und nachweisen, dass sie die konkret erlangten Leistungen zur Erfüllung eigener Zahlungsverpflichten aus einem **korrespondierenden Refinanzierungsgeschäft** verwandt hat.¹²²

Die Revision der Bank blieb danach in dem Verfahren XI ZR 573/15 ohne Erfolg. Auf die Revision der Kläger unterlag das Urteil insoweit der Aufhebung und Zurückverweisung, als das Berufungsgericht angenommen hat, die Kläger hätten keinen Anspruch auf Rückgewähr der von ihnen auf beide Darlehensverträge erbrachten **Tilgungsleistungen** und daher auch keinen Anspruch auf Herausgabe der aus dem nicht KfW-finanzierten Darlehen **mittels dieser Tilgungsbeträge mutmaßlich gezogenen Nutzungen**. Nach der Rechtsprechung des Senats schließen die sich aus dem Rückgewährschuldverhältnis ergebenden Pflichten die Rückgewähr empfangener Tilgungsleistungen mit ein.¹²³

In dem Verfahren XI ZR 108/16 konnte das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen hatte, die Bank könne sich auf die Gesetzlichkeitsfiktion des Musters für die Widerrufsbelehrung berufen. Für eine inhaltsgleiche Widerrufsbelehrung hatte der Senat nach Erlass des Berufungsurteils in anderer Sache¹²⁴ entschieden, dass dies nicht der Fall ist¹²⁵.

¹²¹ BGH, a.a.O., Rn. 38.

¹²² BGH, a.a.O., Rn. 21 f., Rn. 37.

¹²³ BGH, a.a.O., Rn. 27; eingehend Beschluss vom 12. Januar 2016 – [XI ZR 366/15](#) – WM 2016, 454 Rn. 12 f., 18 f.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2016.

¹²⁴ BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 – [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 26; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

¹²⁵ BGH, Urteil vom 25. April 2017 – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 12.

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

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

4.
Sonstige Bankgeschäfte - insbesondere i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

5.
Kapitalmarkt- und Kapitalanlagerecht, insbesondere Wertpapier-
handel, Investmentgeschäft, alternative Anlageformen, Vermögens-
verwaltung, Vermögensverwahrung

a)

In seinem Urteil vom 10. Januar 2017¹²⁶ befasst sich der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs erneut mit den Anforderungen an die **Widerlegung der Kausalitätsvermutung**, wenn der Anleger entgegen einer darauf gerichteten Pflicht nicht über von der Bank vereinnahmte **Rückvergütungen** aufgeklärt wurde.

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats trägt die Bank die **Darlegungs- und Beweislast** für ihre Behauptung, der Anleger hätte die Beteiligung auch bei gehöriger Aufklärung über die Rückvergütungen erworben. Denn die „**Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens**“ gilt insbesondere auch dann, wenn Rückvergütungen pflichtwidrig nicht offengelegt wurden. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um eine Beweiserleichterung.

¹²⁶ [XI ZR 365/14](#) – juris.

rung im Sinne eines Anscheinsbeweises, sondern um eine zur **Beweislastumkehr** führende widerlegliche Vermutung.¹²⁷

Seite 31 von 51

Ein vom Tatrichter zu würdigendes **Indiz** dafür, dass der Anleger die betreffende Fondsbeteiligung auch bei korrekter Aufklärung gezeichnet hätte, liegt etwa in der **selektiven Rückabwicklung verlustbringender Fonds**, d.h. wenn der Anleger in Kenntnis der Tatsache, dass die Bank bei sämtlichen der erworbenen Beteiligungen (hier: insgesamt 14 geschlossene Fonds in der Zeit von 1993 bis 2008) Rückvergütungen erlangt hat, nur bei denjenigen (hier: drei) Fondsbeteiligungen eine Rückabwicklung verlangt, die sich wirtschaftlich nicht wie prognostiziert entwickelt haben.¹²⁸ Ein weiteres Indiz liegt vor, wenn der Anleger eine **Steuerersparnis** angestrebt hat, die ausschließlich mit der empfohlenen Kommanditbeteiligung oder mit anderen Kapitalanlagen mit **vergleichbaren Rückvergütungen** erzielbar war.¹²⁹

Der Senat hat die Entscheidung des Berufungsgerichts auf Nichtzulassungsbeschwerde hin aufgehoben, weil dieses den Anspruch der zum Schadensersatz verurteilten Bank auf Gewährung **rechtlichen Gehörs** in mehrfacher Hinsicht entscheidungserheblich verletzt hat. Zum einen hat es einen erheblichen Beweistritt der Bank zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung, nämlich einen Antrag auf **Parteivernehmung des klagenden Anlegers**, unbeachtet gelassen.¹³⁰ Zum anderen hat das Berufungsgericht die vorgetragene Indiztatsachen nicht oder unter Verstoß gegen Hinweispflichten gewürdigt, so dass sich sein Urteil nach dem Dafürhalten des Senats als **Überraschungsentscheidung** darstellt.¹³¹ Denn eine in erster Instanz siegreiche Partei darf darauf vertrauen, vom Berufungsgericht rechtzeitig einen **Hinweis nach § 139 ZPO** zu erhalten, wenn es der

¹²⁷ BGH, Urteil vom 10. Januar 2017 – [XI ZR 365/14](#) – juris, Rn. 10 unter Hinweis u.a. auf Senatsurteil vom 15. März 2016 – [XI ZR 122/14](#), WM 2016, 780 Rn. 17; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2016.

¹²⁸ BGH, Urteil vom 10. Januar 2017 – [XI ZR 365/14](#) – juris, Rn. 22.

¹²⁹ BGH, Urteil vom 10. Januar 2017 – [XI ZR 365/14](#) – juris, Rn. 25.

¹³⁰ BGH, a.a.O., Rn. 11 f.

¹³¹ BGH, a.a.O., Rn. 23 f.; Rn. 25 f.

Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will, insbesondere aufgrund seiner abweichenden Ansicht eine Ergänzung des Vorbringens oder einen Beweisanspruch für erforderlich hält.¹³² So lag es nach der Beurteilung des Senats im Streitfall, weil die Bank Gelegenheit erhalten musste, ihren in erster Instanz zwar unzureichenden, aber nach Ansicht des Landgerichts durchgreifenden Vortrag zum Steuersparinteresse des Anlegers zu ergänzen.¹³³

b)

Mit Urteil vom 07. Februar 2017¹³⁴ knüpft der XI. Zivilsenat an seine Rechtsprechung zur **Aufklärungspflicht über den anfänglichen negativen Marktwert bei Swap-Verträgen** an.

Nach der Rechtsprechung des Senats hat die beratende Bank unter dem Gesichtspunkt eines **schwerwiegenden Interessenkonflikts** bei Swap-Verträgen im Zweipersonenverhältnis – **und damit unabhängig von deren konkreten Bedingungen** – die Pflicht, über die Einpreisung eines anfänglichen negativen Marktwerts, d.h. der den Nettogewinn und die Kosten der Bank umfassenden **Bruttomarge**, sowie über dessen Höhe aufzuklären, es sei denn, der Swap-Vertrag dient nur dazu, die Konditionen eines **konnexen Kreditverhältnisses** abzuändern.¹³⁵

Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, bei dem zu beurteilenden **CCS-Vertrag** sei der anfängliche negative Marktwert nicht aufklärungspflichtig, weil er nicht durch entsprechende **Gestaltung der Berechnungsformel bewusst einstrukturiert** worden sei. Vielmehr sei die Berechnungsformel des CCS-Vertrags denkbar einfach, bestehe sie doch

¹³² BGH, a.a.O., Rn. 26.

¹³³ BGH, a.a.O., Rn. 28 f.

¹³⁴ [XI ZR 379/14](#) – juris.

¹³⁵ BGH, Urteil vom 07. Februar 2017 – [XI ZR 379/14](#) – juris, Rn. 10 unter Hinweis u.a. auf Senatsurteil vom 22. März 2016 – [XI ZR 425/14](#), WM 2016, 821 – juris, Rn. 23, Rn. 24, 27 und Senatsbeschluss vom 15. März 2016 – [XI ZR 208/15](#) – juris, Rn. 10; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2016.

nur aus drei Parametern, auf deren Entwicklung die beklagte Bank keinen Einfluss gehabt habe. Auf diese konkreten Bedingungen kommt es aber nach Ansicht des Senats nicht an, weil die Aufklärungspflicht aus dem schwerwiegenden Interessenkonflikt der Bank folgt.¹³⁶

Das Urteil stellte sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Insbesondere hatte die Klägerin die geltend gemachte Pflichtverletzung hinreichend dargelegt. Denn schlüssiger Vortrag zur unzureichenden Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert eines Swap-Vertrags setzt nur voraus, dass der Kunde die Einpreisung eines anfänglichen negativen Marktwerts als solches und das Verschweigen dieser Tatsache vorträgt. Dagegen muss der Kunde den **Umfang des anfänglichen negativen Marktwerts nicht beziffern**, auch nicht im Sinne der Angabe einer Größenordnung.¹³⁷ Dass durch die **Aufnahme des Beratungsgesprächs stillschweigend** ein (Einzel-) Beratungsvertrag zustande gekommen war, konnte der Senat aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht ausschließen. Aus dem bestehenden **Rahmenvertrag** allein kann ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen einer unzureichenden Information über den anfänglichen negativen Marktwert des CCS-Vertrags seiner Ansicht nach nicht resultieren.¹³⁸ Die Sache war daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

c)

Ein **Treuhandkommanditist** ist verpflichtet, die Anleger über alle wesentlichen Punkte, insbesondere regelwidrige Auffälligkeiten der Anlage, **aufzuklären**, die ihm bekannt sind oder bei **gehöriger Prüfung** bekannt sein müssen und die für die von den Anlegern zu übernehmenden mittelbaren Beteiligungen von Bedeutung sind. Das hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs am 16. März 2017¹³⁹ ausgesprochen und damit seine bishe-

¹³⁶ BGH, Urteil vom 07. Februar 2017 – [XI ZR 379/14](#) – juris, Rn. 10.

¹³⁷ BGH, a.a.O., Rn. 15.

¹³⁸ BGH, a.a.O., Rn. 13.

¹³⁹ [III ZR 489/16](#) – juris.

rige Rechtsprechung¹⁴⁰ bestätigt. Nach dem weiteren Leitsatz der zitierten Entscheidung kann von einem Treuhandkommanditisten jedenfalls erwartet werden, dass er den bei den Beitrittsverhandlungen verwendeten Prospekt im Rahmen einer **Plausibilitätskontrolle** dahin überprüft, ob dieser ein in sich **schlüssiges Gesamtbild über das Beteiligungsobjekt** gibt und ob die darin enthaltenen **Informationen**, soweit er dies mit zumutbarem Aufwand zu überprüfen in der Lage ist, **sachlich richtig und vollständig** sind.

Nach Ansicht des Senats ist der bei den Beitrittsverhandlungen zu dem Immobilienfonds verwendete Prospekt fehlerhaft, wenn dieser einem durchschnittlichen Anleger den unzutreffenden Eindruck vermittelt, dass es sich bei der angebotenen Beteiligung um eine **speziell für den Zweck der Altersvorsorge konzipierte** Kapitalanlage handelt. Zwar ist eine unternehmerische Beteiligung mit Totalverlustrisiko für eine **ergänzende** Altersvorsorge nicht schlechthin oder generell ungeeignet. Angesichts des Umstands, dass im Streitfall eine typische unternehmerische Beteiligung (mit Totalverlustrisiko) angeboten wurde, stellt es jedoch nach Ansicht des Senats eine **gezielte Desinformation** des künftigen Anlegers dar, einen solchen (gewöhnlichen) Immobilienfonds, bei dem nicht nur keine besonderen Sicherungsmechanismen vorgesehen sind, sondern zusätzliche Risiken in Form einer Blind-Pool-Investition bestehen, im Prospekt als **speziellen Altersvorsorgefonds** und „**ideale Form der Altersvorsorge**“ zu bezeichnen.¹⁴¹ Die für sich genommen zutreffenden **Risikohinweise** in dem Prospekt, es liege eine unternehmerische Investition mit Totalverlustrisiko vor, werden in einem solchen Fall in der Gesamtschau des Prospekts durch die plakative Bezeichnung als „Altersvorsorgefonds“ und die mehrfachen Hinweise auf die besondere Eignung des Fonds zur Altersvorsorge **gezielt entwertet**,¹⁴² sie sind daher nach dem maßgeblichen

¹⁴⁰ etwa Senatsurteile vom 13. Juli 2006 – [III ZR 361/04](#), NJW-RR 2007, 406; vom 12. Dezember 2013 – [III ZR 404/12](#) – WM 2014, 118.

¹⁴¹ BGH, Urteil vom 16. März 2017 – [III ZR 489/16](#) – juris, Rn. 21 f.

¹⁴² BGH, a.a.O., Rn. 23 f.

Gesamtbild des Prospekt nicht geeignet, den Anlageinteressenten zutreffend zu informieren.

Seite 35 von 51

Die so verstandene Unrichtigkeit des Prospekts war nach der Beurteilung des Senats für die Treuhandkommanditistin bereits bei der gebotenen bloßen **Plausibilitätsprüfung** ohne weiteres erkennbar und damit gegenüber den Anlageinteressenten aufklärungspflichtig. Wie der Senat ausführt, dürfen die Anforderungen an die Plausibilitätsüberprüfung eines Anlageprospekts zwar nicht überspannt werden. Im Streitfall waren die aufgezeigten Ungereimtheiten bei der gebotenen Gesamtschau der Prospektangaben nach Ansicht des Senats jedoch **evident**. Er stellt darauf ab, dass der Treuhandkommanditistin der Prospektinhalt und die Fondsstruktur und somit der Umstand bekannt war, dass es sich bei der Kapitalanlage um eine unternehmerische Beteiligung handelte, bei der das Risiko eines teilweisen oder vollständigen Verlusts des eingesetzten Kapitals bestand. Sie durfte daher nach Ansicht des Senats **nicht die Augen davor verschließen**, dass der Fonds in dem Prospekt in irreführender Weise als ideale Form der Altersvorsorge dargestellt und als spezieller Altersvorsorgefonds angeboten würde.¹⁴³

Diese Aufklärungspflichtverletzung der Treuhandkommanditistin begründet ihre Schadensersatzpflicht nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im weiteren Sinne gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB.¹⁴⁴ Dass der Fonds abweichend vom fehlerhaften Prospektinhalt in dem **Beratungsgespräch** durch den eingeschalteten Anlageberater richtig gestellt wurde, steht zu ihrer **Beweislast**.¹⁴⁵ Diesen Beweis hat sie nicht zu führen vermocht, weil die einzelnen Gesprächsinhalte nicht mehr aufgeklärt werden konnten und lediglich noch festgestellt werden konnte, dass die Prospektangaben mit den Anlageinteressenten „erörtert“ wurden. Dies genügt

¹⁴³ BGH, a.a.O., Rn. 26.

¹⁴⁴ BGH, a.a.O., Rn. 15.

¹⁴⁵ BGH, a.a.O., Rn. 25.

nicht, weil der Prospekt aus den dargelegten Gründen ein unzutreffendes Gesamtbild vermittelte.¹⁴⁶

Seite 36 von 51

Dies führe zur Aufhebung des Berufungsurteils und Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, es fehle am Zurechnungszusammenhang zwischen einem der Treuhandkommanditistin anzulastenden Aufklärungsfehler und der Zeichnungsentscheidung, weil die Anleger den Emissionsprospekt rechtzeitig erhalten, die Risikohinweise aber nicht gelesen hätten. Dem tritt der Senat mit der Erwägung entgegen, die **(bloße) Lektüre des Prospekts** sei hier nicht geeignet gewesen, die Anleger zutreffend über den wahren Charakter der Anlage zu unterrichten, sondern vielmehr in ihrer irrigen Vorstellung zu bestärken, einen speziellen Altersvorsorgefonds zu erwerben.¹⁴⁷ Ein Prospektfehler ist auch dann ursächlich für die Anlageentscheidung, wenn der Prospekt – wie im Streitfall – entsprechend dem Vertriebskonzept der Anlagegesellschaft von den Anlagevermittlern/-beratern als alleinige Arbeitsgrundlage für ihre Beratungsgespräche benutzt wird. Es kommt dann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht darauf an, ob der Prospekt dem Anlageinteressenten übergeben worden ist oder ob er den Prospekt in allen Einzelheiten zur Kenntnis genommen hat.¹⁴⁸

d)

Mit der Haftung wegen **unterlassener Plausibilitätsprüfung** des Anlagekonzepts – hier: durch den **Anlagevermittler** – und der dabei bestehenden Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast** befasst sich auch die Entscheidung vom 30. März 2017.¹⁴⁹ Danach führt die in der unterbliebenen Plausibilitätsprüfung liegende Pflichtverletzung des Vermittlers nur dann zu einem Schadensersatzanspruch, wenn eine (hypothetische) Untersuchung des Anlagekonzepts und der Angaben im Prospekt **Anlass zu Beanstandungen** gegeben oder Anlage die Voraussetzungen für eine

¹⁴⁶ BGH, a.a.O., Rn. 25.

¹⁴⁷ BGH, a.a.O., Rn. 33.

¹⁴⁸ BGH, a.a.O., Rn. 32.

¹⁴⁹ [III ZR 139/15](#) – juris.

ausreichende Plausibilität nicht erfüllt hätte. Demgegenüber vermag allein die Unterlassung der gebotenen Plausibilitätsprüfung und die fehlende Aufklärung hierüber einen Schadensersatzanspruch unter **Schutzzweckgesichtspunkten** nicht zu begründen.¹⁵⁰

Nach der ständigen Senatsrechtsprechung muss der Anlagevermittler das Anlagekonzept zumindest auf seine wirtschaftliche Tragfähigkeit hin überprüfen. Zudem muss der Vermittler den etwa verwendeten Prospekt darauf überprüfen, ob er ein **schlüssiges Gesamtbild** über das Beteiligungsobjekt gibt und ob die darin enthaltenen Informationen sachlich richtig und vollständig sind. Unterlässt er diese Prüfung, hat er den Interessenten darauf **hinzuweisen**.¹⁵¹

Im Hinblick auf den **Schutzzweck der Prüfungs- und Offenbarungspflicht** kann eine unterlassene oder unzureichende Plausibilitätsprüfung aber nur dann zu einer Haftung des Vermittlers führen, wenn die vorzunehmende Prüfung Anlass zu Beanstandungen gegeben hätte, etwa weil ein Risiko erkennbar geworden wäre, über das der Anleger hätte aufgeklärt werden müssen, oder weil die Empfehlung der Anlage nicht anleger- und/oder objektgerecht gewesen ist. Ob eine zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung vorliegt, kann deshalb nicht beurteilt werden, wenn nicht zuvor festgestellt wird, dass es an der notwendigen Plausibilität fehlt und woraus sich dies ergibt.¹⁵²

Die Entscheidung des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte es noch ausreichen lassen, dass der Vermittler keine zureichende Plausibilitätsprüfung vorgenommen hatte bzw. eine solche nicht hatte darlegen können und die Anlegerin nicht über seinen unzureichenden Kenntnisstand unterrichtet hatte. Dies hält der Senat nur unter reinen Kausalitätsgesichtspunkten für zutreffend, weil die Anlegerin sich in der Tat nicht zur Zeichnung der Anlage entschlossen hätte,

¹⁵⁰ BGH, Urteil vom 30. März 2017 – [III ZR 139/15](#) – juris, Rn. 11 ff.

¹⁵¹ BGH, a.a.O., Rn. 9.

¹⁵² BGH, a.a.O., Rn. 10.

wenn sie gewusst hätte, dass die Plausibilitätsprüfung nicht durchgeführt wurde. Die vom Senat dargestellten Schutzzweckerwägungen vermag dies aber nicht zu entkräften. Denn wenn eine hypothetische Prüfung keine Beanstandungen ergeben hätte, hat der Anleger nichts anderes erhalten als ein den Plausibilitätsanforderungen entsprechendes Beteiligungsobjekt.¹⁵³ Die Sache war daher zurückzuverweisen, um die notwendigen Feststellungen zum Ergebnis der geschuldeten Plausibilitätsprüfung zu treffen.

In diesem Zusammenhang hat der Senat klargestellt, dass der Vermittler entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht näher zum Inhalt der ihm zur Verfügung stehenden Informationen vorzutragen hat, um beurteilen zu können, ob er daraus ein plausibles Konzept habe herleiten können und dürfen.¹⁵⁴ Denn für die **mangelnde Plausibilität** trifft nicht den Vermittler die **Darlegungs- und Beweispflicht**. Vielmehr trägt der Anleger die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die vermittelte Anlage aufklärungsbedürftige Plausibilitätsdefizite aufwies.¹⁵⁵ Anderes gilt erst für den **Einwand des Vermittlers**, die Fehler seien für ihn auch bei einer hypothetischen Plausibilitätsprüfung **nicht zu entdecken** gewesen sowie das Verschulden des Vermittlers.¹⁵⁶

e)

Allein der Umstand, dass ein Anleger, dem nach Abschluss der Beratung zum (formalen) Vollzug der bereits getroffenen Anlageentscheidung kurz der **Zeichnungsschein** zur Unterschrift vorgelegt wird, den Text des Scheins vor der Unterzeichnung nicht durchliest und deshalb nicht den **Widerspruch** zwischen der erfolgten Beratung und im Schein enthaltenen Angaben zur Anlage bemerkt, rechtfertigt für sich nicht den **Vorwurf grob**

¹⁵³ BGH, a.a.O., Rn. 12.

¹⁵⁴ BGH, a.a.O., Rn. 14.

¹⁵⁵ BGH, a.a.O., Rn. 15.

¹⁵⁶ BGH, a.a.O., Rn. 16.

fahrlässiger Unkenntnis i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Das hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs am 23. März 2017¹⁵⁷ entschieden.

Der Anlageinteressent muss nach dem Dafürhalten des Senats nicht damit rechnen, dass er aus dem Text eines Zeichnungsscheins, der ihm nach Abschluss der Beratung zum (formalen) Vollzug der bereits getroffenen Anlageentscheidung vorgelegt wird, **substantielle Hinweise auf Eigenschaften und Risiken der Kapitalanlage** erhält. Erst recht muss er nicht davon ausgehen, dass von ihm zur Vermeidung des Vorwurfs grober Fahrlässigkeit erwartet wird, den Text durchzulesen, um die erfolgte **Beratung auf ihre Richtigkeit zu überprüfen**. Die unterlassene Lektüre ist daher in einer solchen Situation für sich allein genommen **nicht schlechthin „unverständlich“ oder „unentschuldigbar“** und begründet deshalb im Allgemeinen kein in subjektiver und objektiver Hinsicht „grobes Verschulden gegen sich selbst“. Eine andere Beurteilung kann etwa dann in Betracht kommen, wenn der Berater den Anleger ausdrücklich darauf hinweist, er solle den Text vor Unterzeichnung durchlesen, und er dem Kunden die hierzu erforderliche Zeit lässt oder wenn in deutlich hervorgehobenen, ins Auge springenden Warnhinweisen auf etwaige Anlagerisiken hingewiesen wird oder wenn der Anleger auf dem Zeichnungsschein gesonderte Warnhinweise zusätzlich unterschreiben muss.¹⁵⁸

Mit diesen Erwägungen ist der Senat der Beurteilung der Vorinstanz entgegengetreten, die die Klage mit der Begründung abgewiesen hatte, das Unterschreiben der Zeichnungsscheine ohne vorherige Lektüre der darin enthaltenen Risikohinweise sei grob fahrlässig; die Schadensersatzansprüche wegen nicht anlegergerechter Beratung seien mithin **verjährt**. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hatte die Anlageberaterin im Anschluss an das Beratungsgespräch und die bereits getroffene Anlageentscheidung jeweils den Zeichnungsschein ausgefüllt und ihn der Anlageinteressentin dann nur noch zur Unterschrift vorgelegt hat, wobei keine

¹⁵⁷ [III ZR 93/16](#).

¹⁵⁸ BGH, Versäumnisurteil vom 23. März 2017 – [III ZR 93/16](#) – juris, Rn. 12.

Hinweise mehr erfolgten und keine Erörterung inhaltlicher Art mehr stattfand. Wird in einer solchen Situation der Schein nur kurz zur Unterschrift und nicht länger zur eingehenden Lektüre vorgelegt, kann im Kontext der Zeichnungen nach Ansicht des Senats nicht von grober Fahrlässigkeit gesprochen werden.¹⁵⁹ Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache, weil die verjährungsrechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts danach nicht tragfähig waren.

f)

In seinem Urteil vom 05. April 2017¹⁶⁰ hatte der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs Veranlassung, zu den Voraussetzungen der **Zurechnung des Vermittlerhandelns** beim Abschluss eines Kapitalanlagegeschäfts in Gestalt einer **fondsgebundenen Lebensversicherung** Stellung zu nehmen.

Den Hintergrund der Entscheidung bildet die im Jahre 2012 begründete Rechtsprechung des IV. Zivilsenats, wonach auch der **Vertrieb von Kapitallebensversicherungen** unter bestimmten Voraussetzungen zusätzlich den **Aufklärungspflichten von Kapitalanlageprodukten** unterliegen kann.¹⁶¹ Ein solcher Fall lag auch im Streitfall vor, weil die Versicherung des Todesfallrisikos gegenüber der **Renditeerwartung** von untergeordneter Bedeutung war.¹⁶²

Die fehlerhafte Beratung eines **Versicherungsmaklers** oder selbständigen Vermittlers, der als Vertragspartner des Versicherungsnehmers für diesen tätig ist, ist dem Versicherer aber **nur ausnahmsweise zuzurechnen**, nämlich wenn der Vermittler zugleich Aufgaben, die typischerweise dem Versicherer obliegen, mit dessen Wissen und Wollen übernimmt und damit in dessen **Pflichtenkreis** tätig wird.¹⁶³ Zu den originären Pflichten

¹⁵⁹ BGH, a.a.O., Rn. 12.

¹⁶⁰ [IV ZR 437/15](#) – juris.

¹⁶¹ BGH, Urteil vom 11. Juli 2012 – [IV ZR 164/11](#), BGHZ 194, 39 Rn. 53; Beschluss vom 26. September 2012 – [IV ZR 71/11](#), r+s 2013, 117 Rn. 26.

¹⁶² BGH, Urteil vom 05. April 2017 – [IV ZR 437/15](#) – juris, Rn. 16 f.

¹⁶³ BGH, a.a.O., Rn. 23.

des Anbieters eines Kapitalanlageprodukts gehört eine richtige und vollständige Information über das Produkt; dies umfasst die zutreffende Beschreibung der damit verbundenen Chancen und Risiken, **nicht jedoch deren Bewertung**, die nur im Rahmen eines **Beratungsvertrages** geschuldet wird.¹⁶⁴ Allerdings müssen auch im Rahmen dieser Pflicht **nicht geschuldete weitergehende Auskünfte**, wenn sie gleichwohl abgegeben werden, **richtig** oder jedenfalls ex ante vertretbar sein und dürfen kein unzutreffendes Bild zeichnen.¹⁶⁵

In dieser Hinsicht fehlte es an geeigneten Feststellungen des Berufungsgerichts, so dass die Verurteilung des Versicherers wegen nach Ansicht des Berufungsgerichts **zurechenbarer Aufklärungspflichtverletzung** durch Mitarbeiter eines **unabhängigen Versicherungsvermittlers** aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen war. Positive (falsche) Erklärungen, die die schriftliche Risikodarstellung entwerteten, waren nicht festgestellt.¹⁶⁶ Einen **Anlageberatungsvertrag** hat der Senat verneint, weil es sich bei dem maßgeblichen Mitarbeiter des unabhängigen Vermittlungsunternehmens um einen von dem späteren Anleger beauftragten Berater gehandelt hat, der nicht im Lager des Versicherers stand, sondern allein die Aufgabe hatte, den Anlageinteressenten **ohne gesonderte Honorierung** im Hinblick auf verschiedene **alternative Anlagemöglichkeiten** und nicht nur im Hinblick auf den möglichen Abschluss einer Lebensversicherung zu beraten.¹⁶⁷ Das Berufungsgericht wird deshalb die von ihm bislang offen gelassene Frage eigener Aufklärungspflichtverletzungen des Versicherers erneut zu prüfen haben.¹⁶⁸

¹⁶⁴ BGH, a.a.O., Rn. 24.

¹⁶⁵ BGH, a.a.O., Rn. 26.

¹⁶⁶ BGH, a.a.O., Rn. 30 in Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 26. September 2012 – [IV ZR 71/11](#), r+s 2013, 117 Rn. 23.

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 05. April 2017 – [IV ZR 437/15](#) – juris, Rn. 33.

¹⁶⁸ BGH, a.a.O., Rn. 35.

g)

Wie der II. Zivilsenat mit Urteil vom 09. Mai 2017¹⁶⁹ bekräftigt hat, ist bei einer Publikumspersonengesellschaft eine Haftung wegen **Prospekthaftung im weiteren Sinne** insoweit ausgeschlossen, als sie sich gegen **Altgesellschafter** richten würde, die nach der Gründung der Gesellschaft **rein kapitalistisch als Anleger** beigetreten sind.

Die Prospekthaftung im weiteren Sinne, ein Anwendungsfall der Haftung für **Verschulden bei Vertragsschluss** nach § 280 Abs. 1, 3, §§ 282, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB trifft denjenigen, der den Vertrag im eigenen Namen abschließen will¹⁷⁰. Das sind bei einem Beitritt zu einer Kommanditgesellschaft grundsätzlich die **schon zuvor beigetretenen Gesellschafter**. Denn der Aufnahmevertrag wird bei einer Personengesellschaft zwischen dem neu eintretenden Gesellschafter und den Altgesellschaftern geschlossen. Bei einer Publikumspersonengesellschaft ist eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss insoweit ausgeschlossen, als sie sich gegen **Altgesellschafter** richten würde, die nach der Gründung der Gesellschaft **rein kapitalistisch als Anleger** beigetreten sind.¹⁷¹

Unter diese Ausnahme fällt nicht ein **Treuhandgesellschafter**, dessen Gesellschafterstellung sich nicht in dem treuhänderischen Halten von Beteiligungen der Treugeber erschöpft, sondern darüber hinaus einen **eigenen Anteil** hält, in das **Organisationsgefüge** der Fondsgesellschaft eingebunden ist und für seine Dienste eine jährliche **Vergütung** i.H.v. 0,1 % des Kommanditkapitals erhält, mithin anders als rein kapitalistische Anleger nicht ausschließlich Anlageinteressen verfolgt.¹⁷²

Was die **Anforderungen an den Beteiligungsprospekt** – hier: für einen Filmfonds – betrifft, hat der II. Zivilsenat dafür gehalten, dass der Prospekt

¹⁶⁹ [II ZR 344/15](#) – juris.

¹⁷⁰ BGH, Urteil vom 09. Mai 2017 – [II ZR 344/15](#) – juris, Rn. 15; Urteil vom 16. März 2017 – [III ZR 489/16](#) – juris, Rn. 17.

¹⁷¹ BGH, Urteil vom 09. Mai 2017 – [II ZR 344/15](#) – juris, Rn. 15.

¹⁷² BGH, a.a.O., Rn. 16.

nicht notwendig einen Hinweis auf den **teilweisen Ausfall der Mittelverwendungskontrolle in einem Vorgängerfonds der Serie** enthalten muss.¹⁷³ Das allgemeine (abstrakte) Risiko, dass die Verwirklichung des Anlagekonzepts bei Pflichtwidrigkeiten der Personen, in deren Händen die Geschicke der Anlagegesellschaft liegen, gefährdet ist, kann nach der Rechtsprechung des Senats als dem Anleger bekannt vorausgesetzt werden und bedarf grundsätzlich keiner besonderen Aufklärung. Anders kann es liegen, wenn **bestimmte Pflichtverletzungen aus strukturellen Gründen sehr naheliegend** sind.¹⁷⁴ Dafür genügt es nach Ansicht des Senats nicht, wenn in einem von der Konzeption ähnlichen Vorgängerfonds über 11.000.000,00 US\$ für die Produktion eines Films ohne Mittelverwendungskontrolle durch die nämliche Treuhandgesellschafterin verwendet wurden, denn die **Umgehung der Mittelverwendungskontrolle** im Vorgängerfonds wirkte sich auf die **Struktur** des Nachfolgefonds nicht aus.¹⁷⁵ Der **zweckentsprechenden** Verwendung von Geldern für die Produktion eines Films lediglich unter einmaliger Außerachtlassung der gesellschaftsinternen Verwendungskontrolle bei einem Vorgängerfonds kommt auch nicht solches Gewicht zu, dass sie ein **Vertrauen der Anleger** in die Zuverlässigkeit der betreffenden Person erschüttern würde und unter diesem Gesichtspunkt eine Aufklärung geboten wäre.¹⁷⁶

Es besteht keine allgemeine Pflicht darauf hinzuweisen, dass die Konzeption eines Fonds **in steuerlicher Hinsicht „neu“** ist und von der Finanzverwaltung bislang nicht abschließend überprüft bzw. in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung nicht geklärt ist. Es genügt im Regelfall der allgemeine Hinweis, dass die Beurteilung der Finanzverwaltung von der steuerrechtlichen Beurteilung im Prospekt abweichen kann und sich hieraus für den Anleger das Risiko ergeben kann, dass die prospektierten steuerlichen Folgen nicht eintreten. Eine weitergehende Hinweispflicht besteht nur im Einzelfall, beispielsweise, wenn nach den konkreten Umständen

¹⁷³ BGH, a.a.O., Rn. 20 f.

¹⁷⁴ BGH, a.a.O., Rn. 21.

¹⁷⁵ BGH, a.a.O., Rn. 22.

¹⁷⁶ BGH, a.a.O., Rn. 23.

eine klarstellende Abgrenzung zu ähnlichen, in ihrer steuerlichen Behandlung geklärten Konzeptionen geboten ist.¹⁷⁷

Das Risiko eines **Totalverlusts** bei einem Filmfonds wird nach dem von dem Prospekt vermittelten Gesamteindruck ausreichend dargestellt, wenn dort an verschiedenen Stellen ausgeführt wird, dass es sich um eine echte unternehmerische Beteiligung mit den damit einhergehenden Risiken handelt und das **wirtschaftliche Hauptrisiko** einer Filmproduktion, die Vorstellungen möglicher Verwertungspartner oder den Geschmack des Publikums nicht zu treffen, ausdrücklich beschrieben wird. Es wird auch nicht in unzulässiger Weise dadurch **verharmlost**, dass der Totalverlust als „**Extremfall**“ bezeichnet wird, der bei **Eintritt kumulierter Risiken** nicht gänzlich auszuschließen sei. Damit wird nach dem Dafürhalten des Senats lediglich der nach der allgemeinen Lebenserfahrung zutreffende Umstand zum Ausdruck gebracht, dass die Insolvenz einer Fondsgesellschaft und der damit einhergehende mögliche Totalverlust des Anlagekapitals in der Regel mehr als eine Ursache haben.¹⁷⁸

Das angefochtene Urteil konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hat nach Ansicht des Senats die Anforderungen an die Aufklärungspflicht überspannt.¹⁷⁹ Es hatte noch eine Hinweispflicht darauf angenommen, dass die Geschäftsführung der auch in der vorliegenden Kommanditgesellschaft eingesetzten Komplementärin in dem Vorgängerfonds annähernd die Hälfte der Mittel an der Mittelverwendungskontrolle vorbei geleitet hatte. Außerdem hatte es Prospektmängel bei der steuerlichen Aufklärung gesehen und angenommen, dass bei einem Filmfonds erhöhte Risiko des Totalverlusts bei unternehmerischem Misserfolg werde in dem Prospekt verharmlost. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird sich das Berufungsgericht nunmehr mit den darüber hinaus behaupteten Aufklärungsmängeln zu befassen haben, zu denen es bisher keine Feststellungen getroffen hatte.

¹⁷⁷ BGH, a.a.O., Rn. 25.

¹⁷⁸ BGH, a.a.O., Rn. 31.

¹⁷⁹ BGH, a.a.O., Rn. 18 f.

6.-9.

Factoring/Leasing, Geldwäsche, Bankenaufsicht, Steuerliche Bezüge

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

10.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

a)

Mit der oben schon in anderem Zusammenhang vorgestellten Entscheidung vom 24. Januar 2017¹⁸⁰ und einer weiteren Entscheidung vom 21. Februar 2017¹⁸¹ hatte sich der XI. Zivilsenat mit der **Zulässigkeit einer (positiven) Feststellungsklage** zu befassen, mit der der Verbraucher nach **Widerruf** seiner auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung die **Umwandlung des Verbraucherdarlehensvertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis** geltend macht.

Ein Kläger, der die Umwandlung eines Verbraucherdarlehensvertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis geltend macht, muss danach **vorrangig mit der Leistungsklage** auf der Grundlage der § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung (künftig: a.F.) i.V.m. §§ 346 ff. BGB gegen die Beklagte vorgehen. Ist dem Kläger eine Klage auf Leistung **möglich und zumutbar** und **erschöpft sie das Rechtsschutzziel**, fehlt ihm das **Feststellungsinteresse**, weil er im Sinne einer besseren Rechtsschutzmöglichkeit den Streitstoff in einem Prozess klären kann.¹⁸² So verhält es sich im Regelfall, wenn die Klage auf die Feststellung zielt, dass sich ein Verbraucherdarlehensvertrag mit den aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB resultierenden Rechtsfolgen in ein **Rückgewährschuldverhältnis** umgewandelt hat. Dem steht nicht

¹⁸⁰ [XI ZR 183/15](#).

¹⁸¹ [XI ZR 467/15](#).

¹⁸² BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 11; Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 14; ebenso Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 19.

entgegen, dass eine „Saldierung“ der aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB resultierenden wechselseitigen Ansprüche regelmäßig nicht zu einem Überschuss zu Gunsten des Klägers führt. Denn **wechselseitige Ansprüche** nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB unterliegen **keiner automatischen Verrechnung**. Bis zur Aufrechnung¹⁸³ hat der Kläger einen Zahlungsanspruch auf Rückgewähr der von ihm auf die Darlehensverträge erbrachten Leistungen, den er im Wege der Leistungsklage geltend machen kann.¹⁸⁴

Eine Leistungsklage ist regelmäßig auch **zumutbar**. Dem Kläger ist die Ermittlung der von ihm erbrachten Leistungen, die er nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB zurückverlangen kann, ohne weiteres möglich. Soweit ein Kläger daneben **Nutzungersatz** auf von ihm erbrachte Zins- und Tilgungsleistungen beansprucht, kann er sich auf die **widerlegliche Vermutung** berufen, die Beklagte habe, sofern zu Gunsten des Klägers spiegelbildlich § 497 Abs. 1 Satz 2 BGB in der zwischen dem 01. August 2002 und dem 10. Juni 2010 geltenden Fassung Anwendung findet, Nutzungen in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz und sonst Nutzungen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gezogen. Einer aufwendigen Vorbereitung einer bezifferten Zahlungsklage bedarf es daher nicht.¹⁸⁵

Eine Leistungsklage erschöpft schließlich regelmäßig das Feststellungsziel. Das Begehren, die Umwandlung eines Verbraucherdarlehensvertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis feststellen zu lassen, deckt sich in Fällen, dem **kein verbundener Vertrag** zugrunde liegt, wirtschaftlich mit dem

¹⁸³ Eine Aufrechnung liegt etwa vor, wenn der Rückgewährgläubiger Zahlung Zug um Zug gegen Zahlung beantragt, vgl. BGH Urteil vom 25. April 2017 – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 20.

¹⁸⁴ BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 12 f.; Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 18; ebenso Urteil vom 25. April 2017 – [XI ZR 108/16](#) – juris, Rn. 19.

¹⁸⁵ BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 14; Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 19.

Interesse an der Rückgewähr der auf den Verbraucherdarlehensvertrag erbrachten Leistungen.¹⁸⁶

Seite 47 von 51

Die danach grundsätzlich **gebotene Bezifferung des Rückgewähranspruchs** wirkt sich nach Ansicht des Senats auch auf die Erstattungs-fähigkeit vorgerichtlicher **Anwaltskosten** aus. Eine Erstattung solcher Kosten unter dem Gesichtspunkt des **Verzugsschadens** setzt nämlich nach Ansicht des Senats gemäß §§ 348, 320 BGB voraus, dass der Darlehensnehmer seinerseits die von ihm nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB geschuldete Leistung in einer den Annahmeverzug der Bank begründenden Weise angeboten hat. Daran fehlt es, wenn er die wechselseitigen Forderungen aus dem behaupteten Rückgewährschuldverhältnis vorgerichtlich nicht beziffert.¹⁸⁷

In dem Verfahren XI ZR 467/15 führte dies zur **Unzulässigkeit der Feststellungsklage**¹⁸⁸ und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Dass die Feststellungsklage nach Ansicht des Senats unzulässig ist, führte nicht zur Entscheidungsreife, weil das Berufungsgericht die Klage noch als zulässig behandelt hatte und dem Kläger daher Gelegenheit gegeben werden musste, eine nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässige Umstellung vorzunehmen.¹⁸⁹ Auch aus anderen Gründen konnte der Senat trotz der seiner Ansicht nach wirksamen Widerrufsbelehrung nicht durchentscheiden, weil es an Feststellungen fehlte, ob die Beklagte die Informationen nach § 312d Abs. 2 und 5 Satz 2, § 312c Abs. 1 und 2 Satz 1 Nr. 1 BGB, § 1 BGB-InfoV a.F. tatsächlich erteilt hatte.¹⁹⁰

¹⁸⁶ BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 15; Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 21, jeweils unter Hinweis auf Senatsbeschluss vom 12. Januar 2016 – [XI ZR 366/15](#) – juris, Rn. 5 f.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarkt-recht I/2016.

¹⁸⁷ BGH, Urteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 23 f., Rn. 27; vgl. auch Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 29; Urteil vom 09. Mai 2017 – [XI ZR 314/15](#) – juris, Rn. 15.

¹⁸⁸ BGH, Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 11; ebenso Urteil vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 19.

¹⁸⁹ BGH, a.a.O., Rn. 39.

¹⁹⁰ BGH, a.a.O., Rn. 54.

Im Verfahren XI ZR 183/15 hat der Senat die Feststellungsklage **ausnahmsweise für zulässig erachtet**, weil im konkreten Fall gesichert war, dass der Rechtsstreit die Meinungsverschiedenheiten der Parteien **endgültig bereinigt**. Die Beklagte hatte mit ihrer Hilfswiderklage eine **Abrechnung** vorgenommen, gegen die die Kläger vor dem Landgericht sachlich nichts erinnert hatten. Damit war nach Ansicht des Senats zu erwarten, dass ein dem Feststellungsantrag rechtskräftig stattgebendes Erkenntnis zu einer endgültigen Klärung sämtlicher Streitpunkte führen wird.¹⁹¹

b)

In Abgrenzung dazu befasst sich der XI. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 16. Mai 2017¹⁹² mit der Zulässigkeit einer **negativen Feststellungsklage** des Verbrauchers nach **Widerruf** seiner auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung.

Nach der Auslegung des Senats begehrt der Kläger die Feststellung, die beklagte Bank habe aufgrund des Widerrufs **keinen Anspruch mehr** auf Leistung des **Vertragszinses** und die **vertragsgemäße Tilgung**. Für diese **negative** Feststellungsklage hat der Senat ein Feststellungsinteresse bejaht.¹⁹³ Denn die Bank hat die Wirksamkeit des Widerrufs bestritten und sich **fortbestehender** vertraglicher Erfüllungsansprüche gegen den Kläger aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB berühmt.¹⁹⁴

Der **Vorrang der Leistungsklage**¹⁹⁵ gilt nur für das Begehren auf **positive** Feststellung, der Verbraucherdarlehensvertrag habe sich in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt, das sich wirtschaftlich mit dem Interesse an der Rückgewähr der auf den Verbraucherdarlehensvertrag erbrachten Leistungen deckt. Das hier zur Entscheidung gestellte Begehren

¹⁹¹ BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 16.

¹⁹² [XI ZR 586/15](#) – juris.

¹⁹³ BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#) – juris, Rn. 9 f.

¹⁹⁴ BGH, a.a.O., Rn. 15.

¹⁹⁵ Senatsurteile vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#), juris, Rn. 13 f. und vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 19.

festzustellen, dass die Beklagte gegen den Kläger aufgrund des Widerrufs keine Ansprüche (mehr) aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB hat, lässt sich dagegen mit einer Klage auf Leistung aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB nicht abbilden.¹⁹⁶

Die Klage war danach, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hatte, zulässig und im Weiteren auch begründet. Um das durch Auslegung ermittelte und in der Sache gerechtfertigte Begehren des Klägers deutlich zu machen, hat der Senat lediglich den Feststellungsausspruch des Berufungsgerichts klargestellt.¹⁹⁷

c)

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte in seinem Beschluss vom 09. März 2017¹⁹⁸ Gelegenheit, zur **Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses nach § 6 Abs. 1 Satz 2 KapMuG** Stellung zu nehmen. Das mit einem Musterverfahren befasste Oberlandesgericht ist danach ungeachtet der grundsätzlich angeordneten Bindungswirkung zur Prüfung befugt, ob dem Antragsteller das für die Durchführung des Musterverfahrens nötige **Rechtsschutzinteresse** fehlt. Dieses fehlt allerdings erst dann, wenn der mit dem Musterverfahren verfolgte Zweck der verbindlichen Klärung der **Feststellungsziele** durch einen Musterentscheid (§ 22 Abs. 1 KapMuG) unter keinen Umständen mehr erreicht werden kann. Zur Verneinung des Rechtsschutzinteresses reicht es deshalb nicht aus, wenn das Oberlandesgericht die im Ausgangsverfahren geltend gemachten Ansprüche **des Antragstellers** für **verjährt** hält.

Im Ausgangspunkt betont der Senat in die in § 6 Abs. 1 Satz 2 KapMuG angeordnete Bindung des Oberlandesgerichts an den Vorlagebeschluss und die Regelungsabsicht des Gesetzgebers, nach der das mit einem Musterverfahren befasste Oberlandesgericht gerade nicht dazu berufen

¹⁹⁶ BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#) – juris, Rn. 16.

¹⁹⁷ BGH, a.a.O., Rn. 28.

¹⁹⁸ [III ZB 135/15](#) – juris; vgl. auch die parallelen Beschlüsse vom 04. Mai 2017 – [III ZB 61/16](#) und [III ZB 62/16](#) – juris.

sein soll, die Vorlagevoraussetzungen zu prüfen.¹⁹⁹ Die Bindungswirkung greift über den in § 7 Satz 2 KapMuG gesetzlich geregelten Fall der Sperrwirkung hinaus dann nicht ein, wenn der geltend gemachte Anspruch schon **nicht Gegenstand eines Musterverfahrens** sein kann, also nicht unter § 1 Abs. 1 KapMuG fällt.²⁰⁰ Eine weitere Ausnahme erkennt der Senat nunmehr für den Fall an, dass dem Antragsteller des Musterverfahrens das hierfür nötige Rechtsschutzinteresse fehlt. Denn dabei handelt es sich um eine **allgemeine Verfahrensvoraussetzung**, deren Fehlen einen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigenden Mangel darstellt, der zur Unzulässigkeit des verfahrenseinleitenden Antrags führt.²⁰¹

Wegen der mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz bezweckten **kollektiven Durchsetzung** gleichgerichteter Gläubigerinteressen und der deshalb bestehenden „Breitenwirkung“ des Musterentscheids ist das Rechtsschutzbedürfnis jedoch nicht schon dann zu verneinen, wenn die im Ausgangsverfahren geltend gemachten Ansprüche (ausschließlich) des Antragstellers verjährt sind. Damit würde die Perspektive unzulässig auf den Zivilprozess des Antragstellers verengt. Ziel des Musterverfahrens ist aber der Erlass eines Musterentscheids (§ 16 Abs. 1 KapMuG), der nicht nur die Verfahrensbeteiligten, sondern auch die Prozessgerichte in allen mit Rücksicht auf das Musterverfahren ausgesetzten Verfahren bindet (§ 22 Abs. 1 Satz 1 KapMuG). Demzufolge fehlt es am Rechtsschutzinteresse für ein Kapitalanleger-Musterverfahren (erst) dann, wenn die **Feststellungsziele** bereits anderweitig **verbindlich geklärt** worden sind oder wenn **sämtliche** gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG erlassenen Aussetzungsbeschlüsse – gegebenenfalls im Beschwerdewege – aufgehoben worden sind, weil sich dort ergeben hat, dass die Entscheidung der jeweiligen (Ausgangs-) Verfahren von den Feststellungszielen nicht (mehr) abhängt.²⁰²

¹⁹⁹ BGH, Beschluss vom 09. März 2017 – [III ZB 135/15](#) – juris, Rn. 9.

²⁰⁰ BGH, a.a.O., Rn. 10.

²⁰¹ BGH, a.a.O., Rn. 12 f.

²⁰² BGH, a.a.O., Rn. 14 ff.

Der Beschluss des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Dieses hatte das Rechtsschutzbedürfnis und damit die Zulässigkeit des Kapitalanlager-Musterverfahrens allein deshalb verneint, weil es die Forderungen des Antragstellers für verjährt hielt, aber nicht festgestellt, dass sämtliche im Hinblick auf den im Streit stehenden Vorlagebeschluss ergangenen Aussetzungsbeschlüsse (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG) aufgehoben oder dass die geltend gemachten **Prospektmängel** (Feststellungsziele) bereits anderweitig verbindlich geklärt worden seien. Demnach war es nicht befugt, sich über die Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses hinwegzusetzen.²⁰³

Karlsruhe, den 08. August 2017

Dr. Peter Rädler

²⁰³ BGH, a.a.O., Rn. 18 f.