

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 2. Halbjahr 2018

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

Nachstehend haben wir die im 2. Halbjahr 2018 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst¹. Berücksichtigt sind die bis zum 14. Januar 2019 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 2. Halbjahr 2018 werden in die nachfolgende Rechtsprechungsübersicht aufgenommen.

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

Besonders hervorzuheben sind die folgenden Entscheidungen:

- Mit Beschluss vom 23. Oktober 2018 (– XI ZB 3/16 –) hat der XI. Zivilsenat über die Rechtsbeschwerde im Kapitalanleger-Musterverfahren betreffend den offenen Immobilienfonds „Morgan Stanley P2 Value“ entschieden und dabei zu Fragen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung und zu prozessualen As-

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](#)“.

pekten des Kapitalanleger-Musterverfahrens Stellung genommen (Newsletter, S. 37).

- Nach dem Urteil des XI. Zivilsenats vom 11. September 2018 (– XI ZR 380/16 –) ist die Bürgschaft eines Arbeitnehmers für Verbindlichkeiten des Arbeitgebers ist nicht schon deswegen sittenwidrig, weil sie vom Arbeitnehmer ohne eine Gegenleistung in einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers übernommen wird (Newsletter, S. 11).
- Der II. Zivilsenat hatte in seinen Urteilen vom 17. Juli 2018 (– II ZR 13/17 –) und vom 24. Juli 2018 (– XI ZR 305/16 –) Gelegenheit, sich zu Fragen der Prospekthaftung zu äußern, nämlich zur Reichweite der Vermutung, dass der Prospektinhalt als Arbeitsgrundlage des Beratungsgesprächs auch ohne Kenntnisnahme des Prospekts durch den Anleger für die Anlageentscheidung ursächlich wird, sowie zur Darlegungs- und Beweislast für behauptete Aufklärungs- und Beratungsmängel des Gründungskommanditisten (Newsletter, S. 30).
- Mit Urteil vom 08. November 2018 (– III ZR 628/16 –) hat der III. Zivilsenat geklärt, ab welchem Zeitpunkt ein den Verjährungsbeginn auslösender Schaden zu bejahen ist, wenn dem Anleger, der einer Fondsgesellschaft beigetreten ist, ein vertragliches Recht auf Widerruf seiner Beitrittserklärung zusteht (Newsletter, S. 46).

1.

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

a)

Nach einer erst im Berichtszeitraum mit Gründen veröffentlichten Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 20. März 2018² kann das kontoführende Kreditinstitut bei einem **Gemeinschaftskonto mit Einzelverfügungsbefugnis (sog. Oder-Konto)** entgegen der dispositiven Regelung des § 428 BGB nur an denjenigen **Gesamtgläubiger schuldbefreiend leisten**, der die **Leistung fordert**. Das zeitlich frühere Auszahlungsverlangen eines anderen Kontoinhabers steht der schuldbefreienden Leistung nicht entgegen. Lässt das Kreditinstitut bei kollidierenden Weisungen der Inhaber des Oder-Kontos den Grundsatz zeitlicher Priorität unbeachtet, kann das einen Schadensersatzanspruch begründen. Dabei sind jedoch nur solche Zahlungsverlangen zu berücksichtigen, die vertragsgemäß sind.

Bei einem **Oder-Konto** sind die Kontoinhaber hinsichtlich des Auszahlungsanspruchs **Gesamtgläubiger i.S.d. § 428 BGB**, so dass jeder aufgrund seiner **eigenen Forderungsinhaberschaft** Auszahlung des gesamten Kontoguthabens an sich verlangen kann.³ Freilich kann das kontoführende Kreditinstitut bei einem Oder-Konto entgegen der dispositiven Regelung des § 428 BGB nicht „nach seinem Belieben“ an einen der Gläubiger leisten. Dieses Wahlrecht wird in dem Kontovertrag nach Ansicht des Senats verkehrstypisch dahingehend abbedungen (§ 157 BGB), dass das Kreditinstitut nur an denjenigen leisten kann, der die Leistung fordert.⁴

Fordern mehrere die Leistung, kann das Kreditinstitut an alle von diesen schuldbefreiend leisten. Denn durch den Umstand, dass ein anderer Kontoinhaber ebenfalls Auszahlung des Kontoguthabens an sich verlangt, wird die **Einzelverfügungsbefugnis eines jeden Kontoinhabers** und die

² [XI ZR 30/16](#) – juris.

³ BGH, Urteil vom 20. März 2018 – [XI ZR 30/16](#) – juris, Rn. 16.

⁴ BGH, a.a.O., Rn. 19.

damit einhergehende **Empfangszuständigkeit**, Leistungen mit Erfüllungswirkung entgegenzunehmen, nicht berührt. Die Befugnis eines jeden von ihnen, über das Konto ohne die Mitwirkung der anderen Kontoinhaber selbständig zu verfügen (§ 429 Abs. 3 Satz 2 BGB), beruht nicht auf einer gegenseitig eingeräumten Ermächtigung, sondern auf der **eigenen Forderungsinhaberschaft**. Das Forderungsrecht eines Gesamtgläubigers **erlischt** erst dann, wenn das Leistungsverlangen des anderen Gesamtgläubigers **tatsächlich erfüllt** wurde.⁵

Davon zu trennen ist die Frage, welche der **konkurrierenden Verfügungen** der Inhaber eines Oder-Kontos, die nicht beide ausgeführt werden können, das Kreditinstitut **unbeachtet lassen darf**. Verhält sich das Kreditinstitut dabei **pflichtwidrig**, kann dies zu einem Schadensersatzanspruch führen. Die Erfüllungswirkung der erbrachten Leistung bleibt hiervon unberührt.⁶

Kollidierende Weisungen der Mitinhaber eines Oder-Kontos muss das Kreditinstitut in der Reihenfolge ihrer **zeitlichen Priorität** ausführen.⁷ Offengelassen hat der Senat, ob es beim Prioritätsprinzip darauf ankommt, wer die Leistung als Erster verlangt hat oder welches Verlangen bei ordnungsgemäßer Bearbeitung zuerst zur Erfüllung gelangen würde.⁸ Jedenfalls ist ein Zahlungsverlangen nur dann zu berücksichtigen, wenn es vertragsgemäß ist. Andernfalls wird bereits keine Ausführungspflicht begründet, die das Kreditinstitut verpflichten könnte, eine später eingegangene Weisung unbeachtet zu lassen. An einem solchen vertragsgemäßen Zahlungsverlangen des **Mitinhabers eines Sparbuchs** fehlt es beispielsweise, wenn dieser entgegen der Vertragsbedingungen die Rückzahlung der Spareinlage und die Auszahlung von Zinsen verlangt, ohne dabei das **Sparbuch vorzulegen**.⁹

⁵ BGH, a.a.O., Rn. 20.

⁶ BGH, a.a.O., Rn. 21.

⁷ BGH, a.a.O., Rn. 25.

⁸ BGH, a.a.O., Rn. 25.

⁹ BGH, a.a.O., Rn. 26.

Die Revision des Klägers, der gemeinsam mit seiner inzwischen von ihm getrennt lebenden Ehefrau bei der Beklagten ein gemeinschaftliches Sparkonto als Oder-Konto geführt hatte, blieb damit ohne Erfolg. Die Beklagte hatte am 04. Januar 2013 auf Anweisung der Ehefrau einen Betrag i.H.v. 35.400,00 € – fast das gesamte restliche Guthaben – auf ein anderes Konto der Ehefrau umgebucht, obwohl der Kläger die Beklagte bereits am 27. Dezember 2012 schriftlich gebeten hatte, die Hälfte des Guthabens auf sein Konto zu überweisen. Im Revisionsrechtszug begehrte er ohne Erfolg die hälftige Erstattung dieser Umbuchung.

Nach den dargestellten Grundsätzen hatte die Buchung der Beklagten vom 04. Januar 2013 ohne Rücksicht auf eine etwaige zeitliche Priorität der konkurrierenden Weisungen **Erfüllungswirkung** und ließ das Forderungsrecht des Klägers in dieser Höhe erlöschen (§ 429 Abs. 3 Satz 1, § 422 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach Ansicht des Senats hätte der Kläger aufgrund der vertraglichen Vereinbarung nur die Möglichkeit gehabt, durch einseitige Erklärung das Oder-Konto für die Zukunft **in ein Und-Konto umzuwandeln** mit der Folge, dass beide Kontoinhaber nicht mehr einzeln verfügungsbefugt gewesen wären. Von dieser Möglichkeit hat er nach der vom Senat bestätigten Auslegung des Berufungsgerichts in seinem Schreiben vom 27. Dezember 2012 jedoch keinen Gebrauch gemacht.¹⁰

Die Beklagte hat nach der Beurteilung des Senats gegenüber dem Kläger auch **keine Pflichten aus dem Kontovertrag verletzt**. Das Auszahlungsverlangen des Klägers vom 27. Dezember 2012 durfte sie als **nicht vertragsgemäß** unbeachtet lassen, weil dieser entgegen den Vertragsbedingungen das **Sparbuch nicht vorgelegt** hatte.¹¹

Eine Pflichtwidrigkeit lag auch nicht darin, dass die Beklagte mit der beanstandeten Auszahlung (schon zum wiederholten Mal) eine den **Monats-**

¹⁰ BGH, a.a.O., Rn. 17, Rn. 21.

¹¹ BGH, a.a.O., Rn. 26.

betrag von 2.000,00 € überschreitende Verfügung der Ehefrau sofort erfüllte, ohne die vereinbarte **dreimonatige Kündigungsfrist** abzuwarten. Zwar hatte die Ehefrau aus dem Kontovertrag keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte die Auszahlung vor Ablauf der Kündigungsfrist erfüllte, jedoch umfasste ihre Einzelverfügungsbefugnis nach Ansicht des Senats das Recht, sich mit der Beklagten hierüber zu einigen. Der Beklagten war es im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit unbenommen, die Verfügung vor Fälligkeit auszuführen.¹² Die Beklagte war schließlich nicht verpflichtet, den Kläger **unverzüglich darüber zu unterrichten**, dass und warum sie seine Anweisung im Schreiben vom 27. Dezember 2012 nicht ausführe. Eine solche Verpflichtung ergibt sich bei einem herkömmlichen Sparkontovertrag weder aus § 675o Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Januar 2018 geltenden Fassung,¹³ noch aus vertraglicher Nebenpflicht.¹⁴

b)

Mit Urteil vom 16. Oktober 2018¹⁵ hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur **Unwirksamkeit einer formularmäßigen Klausel** über eine **Bearbeitungsprovision in Unternehmerdarlehen**¹⁶ fortzuführen.

In dem betreffenden Darlehensvertrag über ein **Baudarlehen** war die Erhebung einer **einmaligen „Bearbeitungsprovision“ i.H.v. 0,75 % des Darlehensbetrags** vorgesehen, die bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens nicht erstattet werden sollte. Der Senat hat diese Klausel im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung¹⁷ als **kontrollfähige Preisnebenabrede** eingeordnet. Denn nach der verwendeten Bezeichnung „Bearbeitungsprovision“ handelt es sich um Entgelt für die Bearbeitung

¹² BGH, a.a.O., Rn. 28.

¹³ BGH, a.a.O., Rn. 30.

¹⁴ BGH, a.a.O., Rn. 31.

¹⁵ [XI ZR 593/16](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung [XI ZR 281/17](#) vom gleichen Tag zur Klausel „Einmalige Bearbeitungskosten“.

¹⁶ BGH, Urteil vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 562/15](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017; vgl. ferner BGH, Urteile vom 13. März 2018 – [XI ZR 291/16](#) – juris; vom 17. April 2018 – [XI ZR 238/16](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2018.

¹⁷ BGH, Urteile vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 562/15](#) – juris, Rn. 24 und [XI ZR 233/16](#) – juris, Rn. 33.

des Darlehensantrags einschließlich der Vorbereitung des Vertragsschlusses sowie für Verwaltungsaufwand der Beklagten bei Kreditbearbeitung und -auszahlung.¹⁸ Insbesondere werden mit der Klausel nach dem Dafürhalten des Senats keine von der Bank angebotenen zusätzlichen Sonderleistungen bepreist. Der Senat stellt insoweit maßgeblich darauf ab, dass die dazu von der Beklagten angeführte Überwachung des Baufortschritts und die damit verbundene kaufmännische Überprüfung der Auszahlungen, etwaige Pfandfreigaben bzw. die Einräumung völliger Flexibilität in Bezug auf die Laufzeit des Darlehens in der streitigen Klausel nicht erwähnt werden.¹⁹ Unabhängig davon erfolgen solche Überprüfungen und Überwachungen nach Ansicht des Senats ungeachtet ihres Umfangs im Interesse des Kreditinstituts und im öffentlichen Interesse der Kreditwirtschaft, Forderungsausfälle zu vermeiden; dass sie im Einzelfall daneben auch dem Darlehensnehmer zugutekommen können, stellt, wie der Senat bekräftigt, lediglich einen reflexartigen Nebeneffekt dar, der nicht genügt, sie als für den Darlehensnehmer erbrachte, gesondert vergütungsfähige Leistungen einzuordnen.²⁰

Davon ausgehend bestätigt der Senat ferner seine Rechtsprechung, wonach formularmäßige Klauseln über die Erhebung eines Bearbeitungsentgelts in Darlehensverträgen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB **auch bei Unternehmerdarlehen unwirksam** sind, weil die darlehensgewährende Bank anfallende Kosten für die Kreditbearbeitung und –auszahlung nach dem **gesetzlichen Leitbild des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB** durch den **laufzeitabhängig bemessenen Zins** zu decken hat und daneben kein laufzeitunabhängiges Bearbeitungsentgelt verlangen kann.²¹

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Verurteilung der Beklagten zur Erstattung des Bearbeitungsentgelts nebst Zinsen.²² Die

¹⁸ BGH, Urteil vom 16. Oktober 2018 – [XI ZR 593/16](#) – juris, Rn. 16.

¹⁹ BGH, a.a.O., Rn. 20.

²⁰ BGH, a.a.O., Rn. 21.

²¹ BGH, a.a.O., Rn. 22 f.

²² BGH, a.a.O., Rn. 28.

Vorinstanz hatte noch angenommen, die Klausel unterliege nicht der Inhaltskontrolle oder sei jedenfalls nicht unangemessen, weil das Darlehen dem Kläger dazu gedient habe, **drei Grundstücke zu erwerben, zu bebauen und anschließend zu veräußern** bzw. zu vermieten und die von der Beklagten übernommenen Verpflichtungen denen entsprochen hätten, die auch gegenüber einem **(gewerblichen) Bauträger** zu erbringen gewesen seien, nämlich insbesondere einzelne Zahlungen in Abhängigkeit vom Baufortschritt vorzunehmen. Dem ist der Senat mit den dargelegten Erwägungen entgegengetreten.

2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

a)

Eine **Agio-Klausel** in einem **Bausparvertrag** ist (jedenfalls dann) als der **AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogene Preishauptabrede** zu qualifizieren, wenn nach dem Wortlaut der Klausel das Agio bei der Auszahlung des Darlehens fällig ist, **dem Bauspardarlehen zugeschlagen** wird und die Klausel ausdrücklich klarstellt, dass das **Agio auf die gesamte Laufzeit des Darlehens verrechnet** wird. Die Eindeutigkeit einer solchen Regelung wird nicht dadurch in Zweifel gezogen, dass sie in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bausparkasse und den Sonderbedingungen für Bauspardarlehen nicht wiederholt wird. Dies hat der XI. Zivilsenat durch Beschluss vom 25. Juni 2018²³ nach vorausgegangenem Hinweisbeschluss vom 24. April 2018²⁴ entschieden.

Der Senat verweist auf seine ständige Rechtsprechung, wonach ein (Dis-) Agio heute weitgehend zu einem **integralen Bestandteil der laufzeitabhängigen Zinskalkulation** geworden ist. Es ist deshalb im Zweifel als laufzeitabhängiger Ausgleich für einen niedrigeren Nominalzins anzusehen und bei **vorzeitiger Vertragsbeendigung** vom Darlehensgeber an-

²³ [XI ZR 335/17](#) – juris.

²⁴ [XI ZR 335/17](#) – juris.

teilig zurückzahlen.²⁵ Deshalb ist es unschädlich, wenn die Bank damit auch ihre **Vertriebskosten** deckt, denn in den Zins darf die Bank ihren Bearbeitungsaufwand etc. einkalkulieren.²⁶

Das **Transparenzgebot** erfordert es **nicht**, dass dem Kunden die Auswirkungen einer vorzeitigen Darlehensrückzahlung auf das Agio durch einen **ausdrücklichen Hinweis auf die anteilige Rückerstattungspflicht** und die konkrete Berechnung des Rückerstattungsanspruchs noch weiter verdeutlicht werden.²⁷

Handelt es sich um ein **Annuitätendarlehen**, bei dem sich fortlaufend das Verhältnis zwischen Zins und Tilgung in der Weise verschiebt, dass der Zinsanteil sinkt, der Kapitalanteil entsprechend wächst, ist diesem Anteilsverhältnis auch bei der **Berechnung des nicht verbrauchten Anteils des (Dis-) Agios** Rechnung zu tragen. Eine lineare Verteilung des Agios über die Darlehenslaufzeit scheidet deshalb aus.²⁸

Dies führte zur Bestätigung des Urteils des Berufungsgerichts, das die Agio-Klausel ebenfalls als wirksam angesehen hatte.

b)

Mit Urteil vom 10. Juli 2018²⁹ hat der XI. Zivilsenat seine Rechtsprechung zum **Kündigungsrecht der Bausparkasse** aus § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB a.F. fortgeführt.³⁰

Das der Bausparkasse gewährte Darlehen weist einen **festen Zinssatz** i.S.v. § 489 Abs. 1 BGB a.F. auf, wenn bei Vertragsschluss ein konstanter Guthabenzins für die Dauer der Ansparphase (hier: i.H.v. 3 % p.a.) verein-

²⁵ BGH, Hinweisbeschluss vom 24. April 2018 – [XI ZR 335/17](#) – juris.

²⁶ BGH, a.a.O.

²⁷ BGH, a.a.O.

²⁸ BGH, a.a.O.

²⁹ [XI ZR 135/17](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung [XI ZR 198/17](#) vom gleichen Tag.

³⁰ grundlegend Urteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 185/16](#), BGHZ 214, 94 Rn. 34 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/ 2017.

bart worden ist. Daran ändert auch die Möglichkeit einer **rückwirkenden Erhöhung des Zinssatzes** bei Inanspruchnahme eines in den Allgemeinen Bausparbedingungen für den Fall des **Verzichts auf das Bauspardarlehen** gewährten prozentualen **Zinsbonus** nichts. Denn auch für diesen Fall wird der Darlehenszins für die gesamte Laufzeit von Anfang an als **feststehende Prozentzahl** ausgedrückt und ist bereits bei Vertragsabschluss vereinbart worden.³¹

Von einem **vollständigen Empfang** des Darlehens ist bei einem Bausparvertrag regelmäßig im Zeitpunkt der **erstmaligen Zuteilungsreife** auszugehen. Aus der **Zinsbonusregelung** für den Fall des Verzichts auf das Bauspardarlehen folgt nichts anderes. Diese Regelung führt ebenso wenig wie ein Wahlrecht betreffend die Höhe der Guthabenverzinsung während der Ansparphase³² zu einer Modifikation des Vertragszwecks im Hinblick auf die in der Erbringung der Ansparleistungen liegende Darlehensgewährung. Das dem Bausparer eingeräumte Optionsrecht ändert nach Ansicht des Senats nichts daran, dass seine bis zur erstmaligen Zuteilungsreife erbrachten Ansparleistungen **weiterhin zweckgebunden** sind, um einen Anspruch auf Gewährung eines Bauspardarlehens zu erlangen, der erst in der Folge durch einen Verzicht auf das Bauspardarlehen unter Inanspruchnahme des Zinsbonus abgegolten werden kann.³³

Damit konnte die Bausparkasse, wie auch schon das Berufungsgericht angenommen hatte, den Bausparvertrag zehn Jahre nach der Zuteilungsreife wirksam kündigen. Ein Verzicht auf das Bauspardarlehen berührt die Wirksamkeit der Kündigung nicht, sondern führt lediglich zu einem Anspruch des Bausparers auf Gewährung des vereinbarten Zinsbonus.³⁴

³¹ BGH, Urteil vom 10. Juli 2018 – [XI ZR 135/17](#) – juris, Rn. 15.

³² BGH, Beschluss vom 25. Juli 2017 – [XI ZR 116/17](#) – juris, Rn. 10; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/ 2017.

³³ BGH, Urteil vom 10. Juli 2018 – [XI ZR 135/17](#) – juris, Rn. 17.

³⁴ BGH, a.a.O., Rn. 19.

c)

Die **Bürgschaft eines Arbeitnehmers** für Verbindlichkeiten des Arbeitgebers ist **nicht schon deswegen sittenwidrig**, weil sie vom Arbeitnehmer ohne eine Gegenleistung in einer **wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers** übernommen wird. Das hat der XI. Zivilsenat am 11. September 2018³⁵ in Fortführung des Senatsurteils vom 14. Oktober 2003³⁶ entschieden.

Nach der Rechtsprechung des Senats kann die von einem Arbeitnehmer mit mäßigem Einkommen **aus Sorge um den Erhalt seines Arbeitsplatzes** für ein Darlehen des Arbeitgebers übernommene Bürgschaft sittenwidrig sein, wenn sie den Arbeitnehmer **finanziell krass überfordert** und sich der Arbeitgeber in einer wirtschaftlichen Notlage befindet.³⁷ Wie der Senat nunmehr entschieden hat, kann für die Fallgruppe sittenwidriger Arbeitnehmerbürgschaften auf das Vorliegen einer krassen finanziellen Überforderung des Bürgen **nicht verzichtet** werden. Insbesondere ist eine Arbeitnehmerbürgschaft nicht schon dann – auch ohne eine finanzielle Überforderung des Bürgen – sittenwidrig, wenn der Bürge **keinen angemessenen Ausgleich für die Übernahme der Bürgschaft** erhält, diese aus Angst um seinen Arbeitsplatz übernimmt und der Gläubiger diese Umstände kennt und ausnutzt.³⁸

Der Senat begründet seine Auffassung damit, dass eine private Bürgschaft typischerweise unentgeltlich und zur Unterstützung des Hauptschuldners in einer für diesen wirtschaftlich schwierigen Situation übernommen wird, so dass allein die Kenntnis des Gläubigers von solchen Umständen mithin eine Sittenwidrigkeit nicht begründen kann. Deswegen führt nach Ansicht des Senats auch das naheliegende Motiv eines unentgeltlich bürgenden Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz zu erhalten, für sich

³⁵ [XI ZR 380/16](#) – juris.

³⁶ [XI ZR 121/02](#), BGHZ 156, 302 ff.

³⁷ BGH, Urteil vom 11. September 2018 – [XI ZR 380/16](#) – juris, Rn. 11.

³⁸ BGH, a.a.O., Rn. 14 f., Rn. 18.

nicht zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaft.³⁹ Zudem kann die Übernahme einer Arbeitnehmerbürgschaft für einen solventen Arbeitnehmer, etwa einen gut verdienenden, leitenden Angestellten, nach dem Dafürhalten des Senats ein hinnehmbares Risiko darstellen, das sich bei wirtschaftlicher Gesundung seines Arbeitgebers für ihn auszahlen kann. Ein solches Handeln ist von der Privatautonomie des bürgenden Arbeitnehmers gedeckt und steht nicht in Widerspruch zu grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung.⁴⁰ Die Gegenansicht würde zudem nach der Beurteilung des Senats zu **Wertungswidersprüchen** zwischen der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Angehörigen- und Arbeitnehmerbürgschaften führen. Denn **nahestehende Personen** müssen nach anerkannter Rechtsprechung in der Regel nachweisen, dass sie durch die übernommene Bürgschaft krass finanziell überfordert sind, obwohl die typischen Umstände für ein größeres Schutzbedürfnis nahestehender Personen im Vergleich zu Arbeitnehmern sprechen, bei denen im Allgemeinen nicht Emotionen, die die Fähigkeit zu rationalem Handeln erheblich beeinträchtigen, sondern die beiderseitigen, häufig gegensätzlichen Interessen der Arbeitsvertragsparteien im Vordergrund stehen.⁴¹

Die damit in einem gewissen Spannungsverhältnis stehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach eine arbeitsvertragliche Vergütungsregelung dann gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB verstößt, wenn der Arbeitnehmer mit dem Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers belastet wird, betrifft nach Ansicht des Senats lediglich das **Innenverhältnis der Parteien des Arbeitsvertrages**, nicht jedoch die davon zu unterscheidenden Vereinbarungen im Bürgschaftsverhältnis. Aus etwaigen Mängeln dieses Innenverhältnisses zwischen Hauptschuldner und Bürgen kann der Bürge jedoch keine Einwendungen oder Einreden gegen den Gläubiger herleiten.⁴²

³⁹ BGH, a.a.O., Rn. 18.

⁴⁰ BGH, a.a.O., Rn. 19.

⁴¹ BGH, a.a.O., Rn. 22.

⁴² BGH, a.a.O., Rn. 20.

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache. Das Berufungsgericht hatte die Bürgschaften der hieraus in Anspruch genommenen Arbeitnehmer noch als sittenwidrig angesehen, weil es ihnen um den Erhalt ihrer Arbeitsplätze gegangen sei und sie ohne Gegenleistung in erheblicher Weise mit dem wirtschaftlichen Risiko der Arbeitgeberin belastet worden seien. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird zu klären sein, ob es der Klägerin, wie die Beklagten behaupten, gar nicht um den **Versuch einer Sanierung** der Hauptschuldnerin, sondern ausschließlich darum gegangen ist, die Hauptschuldnerin in Kenntnis von deren Zahlungsunfähigkeit am Leben zu erhalten, um die **Werthaltigkeit eigener Grundpfandrechte** an den Baugrundstücken infolge des Baufortschritts zu steigern. Dient nämlich eine Bürgschaft tatsächlich nur der Sicherung eines Darlehens, mit dem der Gläubiger die Realisierung ansonsten nicht oder weniger werthaltiger Sicherheiten erreichen will, während der Bürge für den Gläubiger erkennbar davon ausgehen durfte und davon ausgegangen ist, die Bürgschaft sichere den Versuch einer Sanierung der Hauptschuldnerin, kommt eine entsprechende Hinweispflicht des Gläubigers und bei deren Verletzung ein der Bürgenhaftung entgegenstehender Anspruch des Bürgen aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB in Betracht.⁴³

d)

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

aa)

Außerhalb des Anwendungsbereichs fernabsatzrechtlicher Vorschriften verunklart der Zusatz „[...]“, **nicht jedoch vor dem Tag des Abschlusses des Darlehensvertrags**“ die **Belehrung zum Fristbeginn** („Die Frist beginnt einen Tag, nachdem ihnen ein Exemplar dieser Widerrufsbelehrung und eine Vertragsurkunde, Ihr schriftlicher Darlehensantrag oder [...] zur

⁴³ BGH, a.a.O., Rn. 29.

Verfügung gestellt wurden, nicht jedoch [...]“). Der über **interne Abläufe** bei dem Darlehensgeber nicht informierte Darlehensnehmer bleibt dabei je nach der Reihenfolge der Vertragserklärungen der Parteien über den Zeitpunkt des Anlaufens der Widerrufsfrist im Ungewissen. Damit liegt in dem Zusatz auch keine – ihrerseits am Deutlichkeitsgebot zu messende – zulässige Erschwerung des Fristlaufs zulasten des Darlehensgebers.⁴⁴

bb)

Der Senat bekräftigt mit Urteil vom 03. Juli 2018⁴⁵, dass die Bank durch den Zusatz nach der Überschrift **„Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen und Entgelten bei Vertragsausführung vor Ablauf der Widerrufsfrist“** („Zur Zahlung von Zinsen und Entgelten für die vor Ablauf der Widerrufsfrist von uns erbrachten Leistungen sind Sie im Falle des Widerrufs nur verpflichtet, wenn Sie ausdrücklich zugestimmt haben, dass wir mit der Ausführung des Vertrags vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnen.“) die bis dahin klare Belehrung über die Widerrufsfolgen unter Verstoß gegen § 312d Abs. 6 BGB a.F. verunklart.⁴⁶ Er reicht hierfür eine Begründung nach, die sich mit den unionsrechtlichen Vorgaben und insbesondere mit **Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2002/65/EG als sekundärrechtlicher Öffnungsklausel für Schutzverstärkungen des nationalen Rechts** befasst.⁴⁷ Nach dieser Bestimmung dürfen die **Mitgliedstaaten** betreffend das Widerrufsrecht und die Modalitäten seiner Ausübung bis zu einer weiteren Harmonisierung **strengere Bestimmungen über die Anforderungen an eine vorherige Auskunftserteilung** aufrechterhalten oder erlassen, wenn diese Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehen. Es handelt sich also um eine sekundärrechtliche Öffnungsklausel für Schutzverstärkungen des nationalen Rechts, die eine ausdrückliche

⁴⁴ BGH, Beschluss vom 26. Juni 2018 – [XI ZR 141/17](#) – juris, Rn. 14 unter Hinweis auf Senatsurteile vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#), WM 2017, 1258 Rn. 24 und vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 443/16](#), WM 2017, 2248 Rn. 24 sowie [XI ZR 450/16](#), juris Rn. 17; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2017 und II/2017; vgl. ferner Urteile vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 736/16](#) – juris, Rn. 11; vom 10. Juli 2018 – [XI ZR 674/16](#) – juris, Rn. 12.

⁴⁵ [XI ZR 520/16](#) – juris.

⁴⁶ BGH, Urteil und Versäumnisurteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 520/16](#) – juris Rn. 11 ff. mit u.a. Hinweis auf Senatsurteil vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#), WM 2017, 766 Rn. 31; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2017.

⁴⁷ BGH, Urteil und Versäumnisurteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 520/16](#) – juris Rn. 16 ff., Rn. 19.

Ausnahme vom Grundsatz der Vollharmonisierung ermöglicht.⁴⁸ Unter diesen Vorbehalt fallen nach dem Dafürhalten des Senats auch die Anforderungen an eine **deutliche Belehrung** gemäß § 355 BGB a.F. i.V.m. § 312c Abs. 2 BGB a.F. und § 1 Abs. 1 Nr. 10, Abs. 4 Satz 3 BGB-InfoV in der vom 08. Dezember 2004 bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung.⁴⁹

Davon abgesehen hält der Senat auch an seiner in erster Linie gegebenen Begründung fest, wonach die zu beurteilende Belehrung – u.a. im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2002/65/EG – nicht „auf klare und verständliche Weise“ erteilt ist, weil von den zwei Voraussetzungen, von denen die Verpflichtung zur Leistung von Wertersatz abhängt, nur eine bezeichnet wird.⁵⁰

cc)

Die Widerrufsbelehrung verstößt nicht gegen das in § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung verankerte Deutlichkeitsgebot, wenn bei der **Anschrift des Empfängers auch dessen Internetseite** angegeben wird, obwohl die Widerrufserklärung dort nicht abgegeben werden kann.⁵¹

dd)

Ist der Verbraucherdarlehensvertrag unter ausschließlicher Verwendung von **Fernkommunikationsmitteln** zustande gekommen, genügt die Belehrung: „Sie können ihre Vertragserklärung **innerhalb von einem Monat** ohne Angabe von Gründen in Textform [...] widerrufen. Die Frist beginnt nach Erhalt dieser Belehrung in Textform, jedoch nicht [...] vor Erfüllung unserer **Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 2 BGB** in Verbindung mit § 1 Abs. 1, 2 und 4 BGB-InfoV.“ den Anforderungen. Dies gilt ungeachtet dessen, ob die Widerrufsbelehrung als Nachbelehrung erteilt wurde oder die Parteien – weil ausschließlich zugunsten des Darlehensnehmers

⁴⁸ BGH, a.a.O., Rn. 19.

⁴⁹ BGH, a.a.O., Rn. 20.

⁵⁰ BGH, a.a.O., Rn. 13, Rn. 17.

⁵¹ BGH, Beschluss vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 670/17](#) – juris.

wirkend zulässig – die reguläre Widerrufsfrist **auf einen Monat verlängert** haben. Der Verweis auf § 312c Abs. 2 BGB in der zwischen dem 08. Dezember 2004 und dem 10. Juni 2010 geltenden Fassung genügte, um zu verdeutlichen, dass für das Anlaufen der Widerrufsfrist die **Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mitzuteilen** seien.⁵²

ee)

Eine im Jahr 2008 erteilte Widerrufsbelehrung genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F., wenn dort unter der Überschrift „**Widerruf bei bereits ausgezahlten Darlehen**“ Ausführungen zum Beginn einer „**Zwei-Wochen-Frist für die Rückzahlung**“ des Darlehens enthalten sind. Damit wird eine gesetzliche Regelung aufgegriffen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahr 2008 **nicht mehr galt**. Nach § 506 Abs. 2 Satz 1 BGB in der bis zum 30. Juni 2005 geltenden Fassung konnte durch besondere schriftliche Vereinbarung noch bestimmt werden, dass der Widerruf **als nicht erfolgt gilt**, wenn der Verbraucher das empfangene Darlehen nicht binnen zwei Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlt. Die Bank hat, der gesetzlichen Lage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses insoweit noch entsprechend (§ 506 Satz 1 BGB in der vom 01. Juli 2005 bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung), auf eine solche Vereinbarung zum Nachteil des Verbrauchers zwar verzichtet. Sie hat aber den hierauf bezogenen, nun **unverständlichen und inhaltlich unzutreffenden Passus** zum Beginn der Zwei-Wochen-Frist in ihrem Belehrungstext nicht gestrichen.⁵³

ff)

Mit den Anforderungen an eine deutliche Belehrung über die **Länge der Widerrufsfrist** bei Verbraucherdarlehensverträgen nach § 355 BGB i.d.F. bis zum 10. Juni 2010 befasst sich die Entscheidung vom 16. Oktober

⁵² BGH, Urteil vom 10. Juli 2018 – [XI ZR 652/16](#) – juris, Rn. 13.

⁵³ BGH, Urteil vom 24. Juli 2018 – [XI ZR 139/16](#) – juris, Rn. 18.

2018.⁵⁴ Zur Beurteilung stand dort die Belehrung: „Sie können ihre Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen ohne Angabe von Gründen in Textform [...] widerrufen. **Sofern Sie nicht taggleich mit dem Vertragsabschluss über ihr Widerrufsrecht belehrt worden sind, beträgt die Frist einen Monat.**“

Nach dem Dafürhalten des Senats bildet die Wendung, „[s]ofern“ der Verbraucher „**nicht taggleich mit dem Vertragsschluss**“ über sein Widerrufsrecht „belehrt worden“ sei, betrage „die Frist einen Monat“, den Anwendungsbereich des § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. in einer **dem Darlehensnehmer nachteiligen Weise unzutreffend** ab.⁵⁵ Denn nach § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. musste der Unternehmer, damit die Widerrufsfrist gemäß § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. nur zwei Wochen und nicht einen Monat betrug, über das Widerrufsrecht spätestens zeitgleich mit dem Zugang der Annahmeerklärung belehren. „Bei Vertragsschluss“, erfolgte die Widerrufsbelehrung auch dann noch, wenn sie innerhalb eines „einheitlichen Vorgangs“ bzw. ohne „Unterbrechung des Geschehensablaufs“ zwischen Vertragsschluss und Widerrufsbelehrung erteilt wurde.⁵⁶ Eine Belehrung **zwar noch am Tag des Zustandekommens des Vertrags, aber außerhalb eines solchen „einheitlichen Vorgangs“** teilte der Unternehmer dagegen „**nach Vertragsschluss**“ im Sinne des § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. mit.⁵⁷ Damit grenzte die zu beurteilende Widerrufsbelehrung die vor oder bei Vertragsschluss erteilte Belehrung **unzutreffend von der Nachbelehrung ab**. In Widerspruch zur Gesetzeslage subsumierte sie den Fall, in dem die Widerrufsbelehrung am Tag des Vertragsschlusses, aber nach einer Unterbrechung des Geschehensablaufs erteilt wurde, unter § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. statt unter § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. Da sie somit **nicht für alle Fälle**, auf die hin sie verfasst ist, **sachlich**

⁵⁴ [XI ZR 370/17](#) – juris.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 16. Oktober 2018 – [XI ZR 370/17](#) – juris, Rn. 9.

⁵⁶ BGH, a.a.O., Rn. 10.

⁵⁷ BGH, a.a.O., Rn. 11.

richtig und hinreichend deutlich formuliert ist, genügt die Belehrung nicht den gesetzlichen Anforderungen.⁵⁸

Unerheblich ist, ob der Vertrag im konkreten Fall als **Präsenzgeschäft ohne tatsächliche Unterbrechung des Geschehensablaufs** geschlossen wurde. Denn nach der Rechtsprechung des Senats kann der Inhalt einer Widerrufsbelehrung nicht anhand des **nicht in der Widerrufsbelehrung selbst in Textform dokumentierten** gemeinsamen Verständnisses der Parteien nach Maßgabe der besonderen Umstände ihrer Erteilung präzisiert werden.⁵⁹

gg)

Im Anwendungsbereich des § 355 Abs. 2 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung genügen folgende – bei Verbraucherdarlehensverträgen grundsätzlich entbehrlichen – **Angaben zu den Widerrufsfolgen: „Widerruf bei bereits ausgezahlten Darlehen – Habe ich das Darlehen vor Ablauf der Widerrufsfrist bereits empfangen, so kann ich dennoch das Widerrufsrecht ausüben. **Widerrufe ich in diesem Fall, muss ich das in Anspruch genommene Darlehen jedoch an die Bank zurückzahlen und der Bank die von mir aus der Darlehensüberlassung gezogenen Nutzungen hierausgeben.**“** dem inhaltlichen Deutlichkeitsgebot. Dass die Belehrung **einseitig bloß auf die Pflichten** des Darlehensnehmers hinweist, ohne seine Rechte zu nennen, ist nach dem Dafürhalten des Senats nicht zu beanstanden.⁶⁰ Durch die hervorgehobene Überschrift und die Formulierung in der „Ich-Form“ wird nach Ansicht des Senats hinreichend deutlich, dass nicht sämtliche Rechtsfolgen dargestellt werden, sondern nur solche, die sich daraus ergeben, dass der Verbraucher vor Ablauf der Widerrufsfrist bereits eine Leistung empfangen hat. Ein irreführender Eindruck, wonach die Bank hingegen die ihr mög-

⁵⁸ BGH, a.a.O., Rn. 12.

⁵⁹ BGH, a.a.O., Rn. 13.

⁶⁰ BGH, Beschluss vom 04. Dezember 2018 – [XI ZR 46/18](#) – juris, Rn. 8.

licherweise bereits zum Teil zugeflossenen Zins- und Tilgungsleistungen des Verbrauchers behalten dürfte, entsteht hierdurch nicht.⁶¹

Auch die Belehrung über die Form des Widerrufs in Bezug auf den Hinweis „**mittels ... Internet**“ („Der Widerruf muss in Textform (z.B. schriftlich, mittels Telefax oder Internet) erfolgen.“) ist nicht zu beanstanden.⁶² Denn durch die Einleitung „z.B.“ werden die Modalitäten des Widerrufs bloß **beispielhaft und ohne Ausschließlichkeitsanspruch** angeführt. Auch der ergänzende Hinweis auf ein „**Online-Formular**“, das „ebenfalls“ zum Widerruf „genutzt werden“ könne, ist aus Sicht eines verständigen Verbrauchers nicht so zu verstehen, dass der **Widerruf per E-Mail ausgeschlossen** ist.⁶³

hh)

Ist § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB in der bis zum 03. August 2009 geltenden Fassung (a.F.) schon nicht auf im Wege des **Fernabsatzes** geschlossene Verbraucherdarlehensverträge anwendbar, kann bei der Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F. erst recht kein Gesichtspunkt für oder gegen eine **Verwirkung des Widerrufsrechts** bei **nicht im Wege des Fernabsatzes geschlossenen Verbraucherdarlehensverträgen** entnommen werden. Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 03. Juli 2018⁶⁴ entschieden.

Nach der fernabsatzrechtlichen Vorschrift des § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F. ist das Widerrufsrecht **vorzeitig erloschen**, wenn der Vertrag von beiden Seiten **auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt** wurde, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat. Diese Bestimmung war jedoch auf **Verbraucherdarlehensverträge**, die unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln

⁶¹ BGH, a.a.O., Rn. 10.

⁶² BGH, a.a.O., Rn. 12.

⁶³ BGH, a.a.O., Rn. 13.

⁶⁴ [XI ZR 702/16](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung vom 11. September 2018 – [XI ZR 64/17](#) – juris.

geschlossenen sind, **nicht anwendbar**. Für diese bestand nach § 312d Abs. 5 Satz 1 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung allein das Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB. Entsprechend konnte das Widerrufsrecht nicht nach § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F. unter den dort genannten Voraussetzungen erlöschen.⁶⁵ Ein anderes Ergebnis kann nach Ansicht des Senats im Hinblick auf die **eindeutig geäußerte Absicht des nationalen Gesetzgebers** auch nicht durch richtlinienkonforme Auslegung gewonnen werden.⁶⁶

Ist aber schon bei einem im Wege des Fernabsatzes geschlossenen Verbraucherdarlehensvertrag § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F. nicht anwendbar, darf bei der Würdigung der konkreten Umstände eines **keinen Fernabsatzvertrag betreffenden Einzelfalls erst recht nicht** dieser Erlöschensstatbestand entsprechend herangezogen werden. Für die **Verwirkung des Widerrufsrechts bei beendeten Verbraucherdarlehensverträgen** gelten vielmehr nach der Beurteilung des Senats **eigenständige Grundsätze**. So hat der Senat dahin erkannt, gerade bei beendeten Verbraucherdarlehensverträgen könne das Vertrauen des Unternehmers auf ein Unterbleiben des Widerrufs schutzwürdig sein, auch wenn die von ihm erteilte Widerrufsbelehrung ursprünglich den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprochen und er es in der Folgezeit versäumt habe, den Verbraucher nachzubelehren. Das gilt in besonderem Maße (aber nicht ausschließlich), wenn die Beendigung des Darlehensvertrags auf einen Wunsch des Verbrauchers zurückgeht bzw. wenn die Parteien den Darlehensvertrag einverständlich beendet haben.⁶⁷ Dass – wie in § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F. vorgesehen – der Vertrag von beiden Seiten **auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt** worden sein muss, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat, ist dage-

⁶⁵ BGH, Urteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 702/16](#) – juris, Rn. 10.

⁶⁶ BGH, a.a.O., juris, Rn. 11 ff.

⁶⁷ BGH, a.a.O., juris, Rn. 15; die die Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen beherrschenden Grundsätze sind übersichtlich zusammengefasst im Hinweisbeschluss vom 23. Januar 2018 – [XI ZR 298/17](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2018; vgl. aus dem Berichtszeitraum ferner BGH, Urteil vom 18. September 2018 – [XI ZR 750/16](#) – juris, Rn. 11; Hinweisbeschluss vom 25. September 2018 – [XI ZR 462/17](#) – juris, Rn. 10.

gen nach der Rechtsprechung des Senats **kein Maßstab** für die Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen.⁶⁸

Ebenfalls **kein** maßgeblich bei der Würdigung zu berücksichtigender Umstand ist, ob und in welcher Höhe der Verbraucher im Zuge der vorzeitigen Beendigung des Darlehensvertrags ein **Aufhebungsentgelt entrichtet** hat.⁶⁹

Zudem hat der Senat hervorgehoben, dass für die Frage, ob eine **Verwirkung** vorliegt, **nicht auf Vermutungen zurückgegriffen** werden kann, sondern die vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden **Umständen des Einzelfalls** maßgeblich sind.⁷⁰ Gegen diesen Grundsatz hat das Berufungsgericht nach Ansicht des Senats verstoßen, indem es angenommen hat, löse „der Verbraucher ein Verbraucherdarlehen unter Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung ab“, sei „**das Umstandsmoment regelmäßig zu bejahen**, weil sich die darlehensgebende Bank oder Sparkasse **im Sinne einer tatsächlichen Vermutung** darauf einrichten“ dürfe und werde, „dass der Vorgang auf Grund der willentlichen Beendigung des Darlehensverhältnisses durch den Darlehensnehmer abgeschlossen“ sei.⁷¹ Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, weil der Senat den Urteilsgründen nicht entnehmen konnte, dass das Berufungsgericht zur Verwirkung selbständig tragend auch unabhängig von der von ihm postulierten tatsächlichen Vermutung und dem von ihm aus den Regelungen des Fernabsatzrechts abgeleiteten Grundsatz gelangt ist.⁷²

⁶⁸ BGH, Urteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 702/16](#) – juris, Rn. 15.

⁶⁹ BGH, Hinweisbeschluss vom 25. September 2018 – [XI ZR 462/17](#) – juris, Rn. 10; nachgehend Zurückweisungsbeschluss vom 06. November 2018 – [XI ZR 462/17](#) – juris mit Ablehnung einer Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen.

⁷⁰ BGH, a.a.O., juris, Rn. 9 mit Hinweis u.a. auf Senatsbeschluss vom 23. Januar 2018 – [XI ZR 298/17](#), WM 2018, 614 Rn. 9; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2018.; ferner das nachfolgend vorgestellte Urteil vom 16. Oktober 2018 – juris, Rn. 12.

⁷¹ BGH, Urteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 702/16](#) – juris, Rn. 9; ebenso Urteil vom 11. September 2018 – [XI ZR 64/17](#) – juris, Rn. 14.

⁷² BGH, Urteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 702/16](#) – juris, Rn. 9.

ii)

Zur **Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen** ist auch die Entscheidung vom 16. Oktober 2018⁷³ ergangen.

Im Gegensatz zur Zahlung eines Aufhebungsentgelts als solcher⁷⁴ gehört es danach zu den Umständen, die bei der Entscheidung über die Verwirkung des Widerrufsrechts veranschlagt werden können, dass die Bank **mit Leistungen des Darlehensnehmers nach Beendigung des Darlehensvertrags gearbeitet** hat.⁷⁵ Dabei kann das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise aus der Lebenserfahrung ableiten, dass eine Bank mit vereinnahmten Geldern wirtschaftet⁷⁶. Hiergegen verstößt das Berufungsgericht, wenn es meint, die „Weiterverwendung der zurückgeflossenen Gelder“ sei generell „kein vertrauensbegründender Umstand, der zur einvernehmlichen Darlehensablösung“ hinzutrete.⁷⁷

Ferner bekräftigt der Senat seine Auffassung, wonach die Tatsache, dass der Darlehensgeber **Sicherheiten freigegeben** hat, ein Aspekt ist, den der Tatrichter bei der Prüfung des Umstandsmoments berücksichtigen kann, und zwar auch dann, wenn dies in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beendigung des Darlehensvertrags erfolgt.⁷⁸

Die Bewertung, der Darlehensnehmer habe das Widerrufsrecht **rechtsmissbräuchlich** ausgeübt, ist nicht deshalb per se ausgeschlossen, weil der Darlehensgeber im Zuge der **Verhandlungen über die vorzeitige Beendigung** des Darlehensvertrags **keine Nachbelehrung** erteilt hat. Denn die Nachbelehrung hat nach Ansicht des Senats nicht den Zweck, den Darlehensnehmer in Fällen der vorzeitigen Beendigung des Darlehensver-

⁷³ [XI ZR 69/18](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung [XI ZR 45/18](#) vom gleichen Tag.

⁷⁴ BGH, Hinweisbeschluss vom 25. September 2018 – [XI ZR 462/17](#) – juris, Rn. 10; s.o.

⁷⁵ BGH, Urteil vom 16. Oktober 2018 – [XI ZR 69/18](#) – juris, Rn. 14.

⁷⁶ BGH, Hinweisbeschluss vom 25. September 2018 – [XI ZR 462/17](#) – juris, Rn. 13.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 16. Oktober 2018 – [XI ZR 69/18](#) – juris, Rn. 14.

⁷⁸ BGH, a.a.O., juris, Rn. 15 f. unter Hinweis auf Senatsbeschlüsse vom 23. Januar 2018 – [XI ZR 298/17](#), WM 2018, 614 Rn. 20 und vom 07. März 2018 – [XI ZR 298/17](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2018; aus dem Berichtszeitraum ferner BGH, Urteil vom 11. September 2018 – [XI ZR 125/17](#) – juris, Rn. 34.

trags vor der Entrichtung eines Aufhebungsentgelts zu bewahren. Der Darlehensgeber hat die Möglichkeit, nicht eine Verpflichtung zur Nachbelehrung.⁷⁹

jj)

Der Senat bekräftigt, dass der **Zeitraum zwischen der Beendigung des Verbraucherdarlehensvertrags und dem Widerruf** – wenn auch nicht im Sinne einer Vermutung nach Ablauf einer wie immer definierten Mindestzeitspanne – gerade im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Widerrufs bei der Prüfung des **Umstandsmoments** Berücksichtigung finden kann.⁸⁰ Unter diesem Blickwinkel hat der Senat die Erwägung des Berufungsgerichts gebilligt, aufgrund der **zunehmenden öffentlichen Diskussion über die fortdauernde Widerruflichkeit** von Verbraucherdarlehensverträgen habe die Bank wegen des Unterbleibens eines Widerrufs der Darlehensnehmer über einen längeren Zeitraum hinweg auf das dauernde Unterbleiben vertrauen dürfen.⁸¹ Dass der Darlehensgeber davon ausgeht oder ausgehen muss, der Darlehensnehmer habe von seinem Widerrufsrecht **keine Kenntnis**, schließt eine Verwirkung ebenso wenig aus wie der Umstand, dass der Darlehensgeber auch im Zuge der Verhandlungen über eine vorzeitige Beendigung eines Verbraucherdarlehensvertrags **keine Nachbelehrung** erteilt hat.⁸²

kk)

Widerrufen mehrere Darlehensnehmer ihre auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen oder wandelt sich nach Widerruf nur eines der Darlehensnehmer der Verbraucherdarlehensvertrag im Verhältnis zu sämtlichen Darlehensnehmern in ein **(einheitliches) Rückgewährschuldverhältnis** um, sind die Darlehensnehmer nicht nur Mitgläubiger der aus dem Rückgewährschuldverhältnis resultie-

⁷⁹ BGH, Urteil vom 16. Oktober 2018 – [XI ZR 69/18](#) – juris, Rn. 20.

⁸⁰ BGH, Hinweisbeschluss vom 25. September 2018 – [XI ZR 462/17](#) – juris, Rn. 11.

⁸¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 12.

⁸² BGH, a.a.O., juris, Rn. 12; BGH, Urteil vom 11. September 2018 – [XI ZR 125/17](#) – juris, Rn. 33; Urteil vom 27. November 2018 – [XI ZR 111/17](#) – juris, Rn. 11.

renden Ansprüche, sondern, sofern sie an den Darlehensgeber nach dem Wirksamwerden des Widerrufs weitere Leistungen erbringen, auch **Mitgläubiger bereicherungsrechtlicher Ansprüche**. Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 03. Juli 2018⁸³ in Fortführung seines Senatsurteils vom 10. Oktober 2017⁸⁴ entschieden.

Leistungen, die nach wirksamem Widerruf erbracht werden wie beispielsweise eine Vorfälligkeitsentschädigung, können die Darlehensnehmer **§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB** zurückverlangen. Im Hinblick auf diesen bereicherungsrechtlichen Anspruch sind Mitdarlehensnehmer ebenso als **Mitgläubiger nach § 432 BGB** anzusehen wie für Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB.⁸⁵

II)

Das Urteil vom 11. September 2018⁸⁶ befasst sich mit der **Übertragung des Rechts auf Widerruf** der auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des Darlehensnehmers.

Der Senat entscheidet den hierüber in der Literatur hierüber geführten Meinungsstreit dahin, dass das Widerrufsrecht zwar grundsätzlich, **wirksam aber nur zugleich mit einem aufschiebend bedingten Anspruch aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB übertragen** werden kann.⁸⁷

Nach der Beurteilung des Senats ist das Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB ist als **vertragsbezogenes Gestaltungsrecht** grundsätzlich nach §§ 398, 413 BGB **übertragbar**. Da nur sein Entstehen, nicht aber sein weiterer Bestand von einem Fortbestand der Verbrauchereigenschaft

⁸³ [XI ZR 520/16](#) – juris.

⁸⁴ [XI ZR 449/16](#), WM 2017, 2251 Rn. 27; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017.

⁸⁵ BGH, Urteil und Versäumnisurteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 520/16](#) – juris, Rn. 23.

⁸⁶ [XI ZR 125/17](#) – juris.

⁸⁷ BGH, Urteil vom 11. September 2018 – [XI ZR 125/17](#) – juris, Rn. 26.

abhängig ist – es erlischt beispielsweise nicht bloß deshalb, weil der Verbraucher nach Vertragsschluss Unternehmer wird –, kann es **auch auf einen Unternehmer übertragen** werden.⁸⁸ Die Übertragung des Widerrufsrechts setzt nach Ansicht des Senats aber voraus, dass **zugleich ein aufschiebend bedingter Anspruch aus dem Rückgewährschuldverhältnis abgetreten** wird.⁸⁹

Dies gilt in Bezug auf die dingliche Wirkung der Übertragung unbeschadet des Umstands, dass – weil Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis **nicht automatisch saldiert** werden und eine Aufrechnungslage erst ex nunc mit dem Wirksamwerden des Widerrufs entsteht – der Verbraucher sich nach Ausübung des Widerrufsrechts durch den Übernehmer **Rückgewähransprüchen des Darlehensgebers** nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB ausgesetzt sehen kann, die er **mangels Gegenseitigkeit nicht mehr durch Aufrechnung** mit Ansprüchen aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB zum Erlöschen bringen kann. Der zum Widerruf berechtigte Verbraucher ist in diesem Fall nach dem Dafürhalten des Senats auf etwaige **Freistellungsansprüche gegen den Zessionar** angewiesen und trägt damit das Risiko einer möglichen Insolvenz des Zessionars. Daraus kann nach Ansicht des Senats wegen der damit verbundenen Beschränkung der **Vertragsfreiheit des übertragenden Verbrauchers** kein Ausschluss der Übertragung abgeleitet werden.⁹⁰

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.

⁸⁸ BGH, a.a.O., Rn. 27.

⁸⁹ BGH, a.a.O., Rn. 28.

⁹⁰ BGH, a.a.O., Rn. 29.

4.

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

Die Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 18. September 2018⁹¹ betrifft die Verwahrung und die Verwaltung von Wertpapieren für andere im Sinne eines **Depotgeschäfts**.

Haben die Parteien in einer Abtretungs- und Optionsvereinbarung über den Erwerb von Aktien vereinbart, dass die **Aktien in ein vom Erwerber benanntes Depotkonto zu liefern** sind, haben sie damit die Übertragung der in einer Globalurkunde verbrieften, sammelverwahrten Aktien im Wege des – im heutigen Massengeschäft ohnehin üblichen **Effektengiroverkehrs**, d.h. ohne die körperliche Bewegung von Wertpapierurkunden – ausdrücklich in ihren Willen aufgenommen. Dabei wird die Besitzverschaffung mittels Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft durch die **Umbuchung von Girosammeldepotgutschriften** ersetzt. Die für die Übertragung des anteilmäßigen Miteigentums nach Bruchteilen am Sammelbestand nach § 929 Satz 1 BGB erforderliche Übergabe wird in der Weise vollzogen, dass die Wertpapiersammelbank als unmittelbare Fremdbesitzerin des Sammelbestands auf entsprechendes Geheiß den Besitzmittlungswillen bezogen auf diesen Miteigentumsanteil umstellt und nunmehr nicht mehr der Depotbank des Veräußerers den Besitz mittelt, sondern der **Depotbank des Erwerbers**, die neue **mittelbare Fremdbesitzerin erster Stufe** wird und ihrerseits den Besitz ihrem Kunden – dem Erwerber – als mittelbarem Eigenbesitzer zweiter Stufe mittelt.⁹²

In einem solchen Fall kann der Veräußerer den Erwerber durch das **wörtliche Angebot**, den Aktienbestand in ein vom Erwerber zu benennendes Depot zu übertragen, **in Annahmeverzug** setzen, weil er damit die ihm

⁹¹ [XI ZR 74/17](#) – juris.

⁹² BGH, Beschluss vom 18. September 2018 – [XI ZR 74/17](#) – juris, Rn. 16.

obliegende Leistung gemäß § 295 Satz 1 Alt. 2 und Satz 2 BGB in einer den Annahmeverzug begründenden Weise ordnungsgemäß anbietet.⁹³

Dies hatte das Berufungsgericht ebenso beurteilt und auf dieser Grundlage festgestellt, dass der beklagte Erwerber durch den **freihändigen Verkauf der Aktien** hinsichtlich der ihm gebührenden Übergabe und Übertragung des Eigentums an den Aktien befriedigt ist. Das Berufungsurteil konnte gleichwohl keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht dem unter Beweis gestellten Vortrag, der Beklagte sei sowohl bei Zugang der Annahmeerklärung der Klägerin als auch beim Zugang der Androhung des Selbsthilfeverkaufs **geschäftsunfähig** gewesen, nicht nachgegangen ist und damit nach Ansicht des Senats den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt hat.⁹⁴

5.

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

a)

In seinem Beschluss vom 05. Juni 2018⁹⁵ hatte sich der XI. Zivilsenat zum wiederholten Mal mit dem Vorwurf **fehlerhafter Beratung** im Zusammenhang mit dem Abschluss von **Swap-Geschäften** zu befassen.

Der Senat bekräftigt seine Rechtsprechung, wonach der geschädigte Anleger wegen § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht die **Darlegungs- und Beweislast für vorsätzliches Handeln** der beratenden Bank trägt, wenn er eine vorsätzliche Pflichtverletzung behauptet. Vielmehr muss die Bank, die sich darauf beruft, der Anspruch sei nach § 37a WpHG a.F. verjährt, weil

⁹³ BGH, a.a.O., juris, Rn. 15.

⁹⁴ BGH, a.a.O., juris, Rn. 19 ff.

⁹⁵ [XI ZR 388/16](#) – juris.

sie nicht vorsätzlich gehandelt habe, beweisen, dass sie die Beratungspflicht nicht vorsätzlich verletzt hat.⁹⁶

Diese Regel darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass dem Anleger mit dem Argument, der Bank werde ein „Negativbeweis“ abverlangt, gerichtlich aufgegeben wird, „**schlüssig Tatsachen bzw. Indizien für eine vorsätzliche Falschberatung vorzutragen**“, die „die Beklagte dann zu widerlegen“ habe. Richtigerweise ist bis zum Beweis des Gegenteils von einem vorsätzlichen Handeln der Bank auszugehen.⁹⁷

Gemessen daran hat das Berufungsgericht nach dem Dafürhalten des Senats den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt, indem es die **Anforderungen an die Substantiierung** des klägerischen Vortrags zu einer **vorsätzlichen Pflichtverletzung** der Beklagten **überdehnt** hat. Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die „bloße Behauptung objektiver Beratungsfehler“ genüge nicht, denn hieraus ergebe sich nicht schlüssig, dass der Fehler vorsätzlich begangen worden sei.

b)

Wie der II. Zivilsenat mit Urteil vom 17. Juli 2018⁹⁸ bekräftigt hat, entspricht es der Lebenserfahrung, dass ein **Prospektfehler** auch ohne Kenntnisnahme des Prospekts durch den Anleger **für die Anlageentscheidung ursächlich** wird, wenn der Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft von den **Anlagevermittlern** als **Arbeitsgrundlage** verwendet wird, weil dann die Anleger auf andere als die im Prospekt genannten Risiken nicht hingewiesen werden konnten.

⁹⁶ BGH, Beschluss vom 05. Juni 2018 – [XI ZR 388/16](#) – juris, Rn. 18 unter Hinweis u.a. auf Senatsurteile vom 28. April 2015 – [XI ZR 378/13](#), BGHZ 205, 117 Rn. 74, vom 22. März 2016 – [XI ZR 93/15](#), WM 2016, 827 Rn. 23; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/16.

⁹⁷ BGH, Beschluss vom 05. Juni 2018 – [XI ZR 388/16](#) – juris, Rn. 20.

⁹⁸ [II ZR 13/17](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidungen vom 25. September 2018 – [II ZR 200/17](#) und [II ZR 201/17](#).

Diese Grundsätze können nicht auf Ausführungen im Prospekt übertragen werden, die unter dem Gesichtspunkt einer **Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen** wegen der **Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens** durch einen Vertreter, Dritten oder Sachwalter zu bewerten sind. Es kann nach der Lebenserfahrung nicht davon ausgegangen werden, dass solche Erklärungen im Prospekt in das Aufklärungsgespräch eingeflossen sind und die Anlageentscheidung beeinflusst haben.

Aus **Prospekthaftung im weiteren Sinne** haftet nur derjenige, der Vertragspartner des Anlegers geworden ist oder hätte werden sollen. Ausnahmsweise kann daneben der für den Vertragspartner auftretende Vertreter, Vermittler oder Sachwalter in Anspruch genommen werden, wenn er im **besonderen Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen** hat. Für die Annahme eines besonderen persönlichen Vertrauens ist dabei erforderlich, dass der Anspruchsgegner eine über das normale Verhandlungsvertrauen hinausgehende **persönliche Gewähr** für die Seriosität und ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrags übernommen hat. Anknüpfungspunkt der Prospekthaftung im weiteren Sinne ist dementsprechend nicht die Verantwortlichkeit für einen fehlerhaften Prospekt, sondern eine selbständige Aufklärungspflicht als Vertragspartner oder Sachwalter aufgrund persönlich in Anspruch genommenen – eben nicht nur typisierten – besonderen Vertrauens, zu deren Erfüllung er sich des Prospekts bedient.⁹⁹

Aus Angaben und Erklärungen im **Fondsprospekt** kann sich die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens nur ergeben, wenn der Anleger den Prospekt **vor der Anlageentscheidung zur Kenntnis genommen** hat und seine Anlageentscheidung hierdurch beeinflusst wurde.¹⁰⁰ Anders als bei Prospektfehlern reicht es für die **haftungsbe gründende Kausalität** nicht aus, dass der Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft von den Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage verwendet wird. Denn eine ordnungsgemäße Aufklärung

⁹⁹ BGH, Urteil vom 17. Juli 2018 – [II ZR 13/17](#) – juris, Rn. 12.

¹⁰⁰ BGH, a.a.O., juris, Rn. 15.

insbesondere über die Risiken der Anlage kann der Anlagevermittler nach dem Dafürhalten des Senats leisten, ohne auf die vertrauensbegründenden Garantieerklärungen des potentiellen Sachwalters im Prospekt einzugehen. Es kann deshalb nach der Lebenserfahrung nicht davon ausgegangen werden, dass die betreffenden Erklärungen in das Aufklärungsgespräch eingeflossen sind und die Anlageentscheidung des Anlegers beeinflusst haben.¹⁰¹

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache. Das Berufungsgericht hatte eine Haftung der Beklagten als **Sachwalterin** aufgrund persönlich in Anspruch genommenen besonderen Vertrauens noch bejaht. Die Beklagte war **Initiatorin**, Anbieterin, Eigen- und Fremdkapitalvermittlerin des Fonds, sie hatte die Konzeption entwickelt, ihr oblag die Geschäftsbesorgung. Die Sachwalterhaftung hatte das Berufungsgericht aus näher bezeichneten **Angaben im Prospekt** abgeleitet, von denen es angenommen hatte, diese flössen notwendigerweise in das Werbegespräch ein, weil der Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft vom Berater und Anlagevermittler als Arbeitsgrundlage verwendet worden sei. Es sei daher unerheblich, ob die Klägerin den Prospekt zur Kenntnis genommen habe. Dem ist der Senat mit den aufgezeigten Erwägungen entgegengetreten und hat auch eine Haftung der Beklagten wegen eines eigenen wirtschaftlichen Interesses am Vertragsschluss¹⁰² und aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter¹⁰³ verneint. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren muss nunmehr eine deliktische Haftung der Beklagten geprüft werden. In dem Prospekt des Immobilienfonds waren wesentlich mehr PKW-Stellplätze als bereits genehmigt bezeichnet als tatsächlich genehmigt und genehmigungsfähig waren.

¹⁰¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁰² BGH, a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁰³ BGH, a.a.O., juris, Rn. 18.

c)

Mit Urteil vom 24. Juli 2018¹⁰⁴ hatte der II. Zivilsenat Gelegenheit, sich mit der **Darlegungs- und Beweislast für behauptete Aufklärungs- und Beratungsmängel des Gründungskommanditisten** zu befassen, der den Anlegern vor deren Beitritt zu seinem Schiffsfonds eine sachlich richtige und vollständige Aufklärung über die Nachteile und Risiken der Beteiligung schuldet.

Der **aufklärungspflichtige Altgesellschafter**, der sich zu den vertraglichen Verhandlungen über einen Beitritt eines von der Komplementärin der Fondsgesellschaft **eingeschalteten Vertriebs bedient** und daher diesem oder von diesem eingeschalteten Untervermittlern die von ihm geschuldete Aufklärung der Beitrittsinteressenten überlässt, haftet dabei nach gefestigter Rechtsprechung über § 278 BGB für deren unrichtige oder **unzureichende Angaben**. Er muss sich das Fehlverhalten von Personen, die er mit den Verhandlungen zum Abschluss des Beitrittsvertrages ermächtigt hat, **zurechnen** lassen.¹⁰⁵

Macht der Anleger geltend, **von dem Vertriebsmitarbeiter nicht über die Risiken und die Funktionsweise der Beteiligungen aufgeklärt worden zu sein** und auch den Emissionsprospekt vor seinem Beitritt nicht erhalten zu haben, genügt er seiner Darlegungslast für eine dem Gründungskommanditisten zurechenbare fehlerhafte Aufklärung. Es obliegt dann dem Gründungskommanditisten im Rahmen seiner **sekundären Darlegungslast**, konkret darzulegen, wie er den Anleger über die Nachteile und Risiken der Beteiligung aufgeklärt hat.¹⁰⁶

Insbesondere muss der Anleger in einem solchen Fall nicht dartun, im Vorfeld seiner Anlageentscheidung zumindest mittelbar in dem Verkaufs-

¹⁰⁴ [II ZR 305/16](#) – juris.

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 24. Juli 2018 – [II ZR 305/16](#) – juris, Rn. 9 unter Hinweis u.a. auf BGH, Urteil vom 17. April 2018 – [II ZR 265/16](#), ZIP 2018, 1130 Rn. 30; Urteil vom 04. Juli 2017 – [II ZR 358/16](#), ZIP 2017, 1664 Rn. 10; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/18; vgl. ferner die nachfolgend referierte Entscheidung vom 06. November 2018 – [II ZR 57/16](#) – juris.

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 24. Juli 2018 – [II ZR 305/16](#) – juris, Rn. 11 f.

gespräch **mit dem Inhalt des Emissionsprospekts in Berührung gekommen** zu seien. Darauf kommt es weder für die Falschberatung noch für deren Zurechnung zum Altgesellschafter an, wenn der Anleger behauptet, vor seinem Beitritt nicht aufgeklärt worden zu sein. Auf den **Prospektinhalt** kommt es erst an, **wenn auf seiner Grundlage ein Beratungsgespräch stattgefunden hat**, was zur sekundären Darlegungslast des Gründungskommanditisten gehört.¹⁰⁷

Das Berufungsgericht hatte dies noch anders gesehen und damit die Anforderungen an die Darlegungslast des klagenden Anlegers überspannt. Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

d)

Mit Urteil vom 04. Oktober 2018¹⁰⁸ hat der III. Zivilsenat seine Rechtsprechung zur Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast für die (rechtzeitige) Übergabe des Emissionsprospekts** bestätigt, wenn der Anleger in der Beitrittserklärung ein **Empfangsbekanntnis** unterzeichnet hat, wonach er den **Prospekt erhalten** hat. Es handelt sich um ein Parallelverfahren zu der im letzten Newsletter vorgestellten Entscheidung vom 19. Oktober 2017¹⁰⁹, der ein vergleichbarer Sachverhalt und ein ähnliches Parteivorbringen zur Übergabe des Emissionsprospekts zugrunde lagen.¹¹⁰ Auch in dem aktuellen Fall hat der Senat angenommen, dass die Anlageberatungsgesellschaft die von der Klägerin behauptete **fehlende Übergabe des Emissionsprospekts hinreichend (positiv) bestritten** hat. Eine nähere Darlegung, **wann und unter welchen Umständen** die Übergabe des Prospekts erfolgt sein soll, war von der Gesellschaft nach den besonderen Umständen des Streitfalls nach Ansicht des Senats nicht zu verlangen.¹¹¹ Dabei hat der Senat maßgeblich darauf abgestellt, dass die Klägerin den Erhalt des Verkaufsprospekts in einem von ihr gesondert unter-

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 24. Juli 2018 – [II ZR 305/16](#) – juris, Rn. 13.

¹⁰⁸ [III ZR 213/17](#) – juris.

¹⁰⁹ [III ZR 565/16](#) – WM 2017, 2191; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2017.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 04. Oktober 2017 – [III ZR 213/17](#) – juris, Rn. 14.

¹¹¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 21 ff.

schriebenen, in der Beitrittserklärung enthaltenen und durch Rahmung hervorgehobenen **Empfangsbekanntnis** bestätigt hatte¹¹² und dass die Beklagte keine zumutbare Möglichkeit hatte, sich bei ihrem damaligen, jetzt nicht mehr für sie tätigen Handelsvertreter zu **erkundigen**.¹¹³

Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die Beklagte habe zur rechtzeitigen Übergabe des Emissionsprospekts nicht ausreichend vorgetragen.

e)

In seiner Entscheidung vom 18. Oktober 2018¹¹⁴ setzt sich der III. Zivilsenat eingehend mit der **Anrechnung von Vorteilen** auseinander, wenn einem Schaden infolge einer fehlerhaften Anlageberatung Gewinne aus anderen – positiv verlaufenen – Anlagegeschäften gegenüberstehen. Er kommt zu dem Schluss, dass jedenfalls dann, wenn der Anleger auf der Grundlage eines **einheitlichen Beratungsgesprächs** zwei verschiedene, ihrer Struktur nach aber **gleichartige Anlagemodelle** gezeichnet und dabei eine auf **demselben Beratungsfehler** beruhende **einheitliche Anlageentscheidung** getroffen hat, er sich, sofern er eines der beiden Geschäfte im Wege des Schadensersatzes rückabwickeln will – etwa weil sich ein Geschäft positiv und das andere negativ entwickelt hat –, auf den **Zeichnungsschaden** aus dem verlustbringenden Geschäft die **Gewinne aus dem positiv verlaufenen Geschäft anrechnen** lassen muss.

Der Senat gibt einen breit angelegten **Überblick** über die uneinheitlichen Auffassungen der Literatur und die **bisherige Rechtsprechung** des Bundesgerichtshofs, in der nach der zusammenfassenden Bewertung des Senats über die Anrechnung von Vorteilen aus gewinnbringend verlaufenen Investitionen auf Verluste, die durch pflichtwidrige Anlageberatungen beziehungsweise darauf beruhende -entscheidungen verursacht wurden, jeweils „**in Abhängigkeit von den Besonderheiten der zu beurteilen-**

¹¹² BGH, a.a.O., juris, Rn. 22.

¹¹³ BGH, a.a.O., juris, Rn. 24.

¹¹⁴ [III ZR 497/16](#) – juris.

den Fallgestaltungen“ entschieden wurde.¹¹⁵ In diese Einzelfallbetrachtung reiht sich auch der erkennende Senat ein, wenn er dafür hält, eine **Betrachtung aller maßgeblichen Umstände** erfordere im Streitfall eine Vorteilsanrechnung.¹¹⁶

Die maßgeblichen Umstände sieht der Senat im Streitfall darin, dass **beide Immobilienfonds** – ein kanadischer und ein niederländischer – Gegenstand eines **einheitlichen Beratungsgesprächs** waren, dem wiederum ein **umfassender Vorschlag des Beraters zur Neuordnung des Vermögens** des Klägers zugrunde lag. Beide **Anlageentscheidungen** wurden nach Ansicht des Senats durch das Beratungsgespräch miteinander „**verklammert**“. Außerdem hat der Anlageberater bei dem Beratungsgespräch eine **beide Anlagen gleichermaßen betreffende Aufklärungspflichtverletzung** begangen, indem er nicht über das aufklärungspflichtige Risiko des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB informiert hat. Die Einheitlichkeit der Anlageentscheidung wird nach Ansicht des Senats ferner dadurch bestätigt, dass der Kläger selbst vorgetragen hat, **er hätte bei zutreffender Aufklärung beide Fonds nicht gezeichnet**.¹¹⁷ Aus der **Kumulation der aufgezeigten Umstände** ergibt sich für den Senat, dass die Rückabwicklung der beiden zeitgleich abgeschlossenen Geschäfte nicht getrennt voneinander erfolgen darf, sondern bei einer **wertenden Betrachtung** eine Gesamtsaldierung des Ergebnisses beider Fonds vorzunehmen ist.¹¹⁸

Von der gegenläufigen Entscheidung des XI. Zivilsenats im Zusammenhang mit verschiedenen **Swap-Geschäften**¹¹⁹ grenzt sich der Senat in der Weise ab, dass dort die – im Ergebnis gleichartigen – Anlageentscheidun-

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 18. Oktober 2018 – [III ZR 497/16](#) – juris, Rn. 16 f.; Rn. 23 f.

¹¹⁶ BGH, a.a.O., juris, Rn. 26.

¹¹⁷ BGH, a.a.O., juris, Rn. 27.

¹¹⁸ BGH, a.a.O., juris, Rn. 28.

¹¹⁹ BGH, Urteil vom 28. April 2015 – [XI ZR 378/13](#), BGHZ 205, 117 Rn. 84 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2015.

gen **zeitlich gestaffelt** und aufgrund jeweils **neuer Beratungssituationen** getroffen wurden.¹²⁰

Seite 35 von 53

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Abweisung des auf Schadensersatz gerichteten Zahlungsbegehrens. Denn nach den Feststellungen überstieg der Gewinn aus dem inzwischen vollständig abgewickelten kanadischen Immobilienfonds in den niederländischen Immobilienfonds investierten Betrag.¹²¹ Lediglich den **Feststellungsausspruch** hat der Senat insoweit aufrechtzuerhalten, als ein die bestehenden Vorteile übersteigender **künftiger Schaden** des Klägers in Betracht kommt, nämlich mit der Maßgabe, dass dem Kläger Nachteile entstehen, die die den (derzeitigen) Saldo aus Gewinnen und Verlusten von 6.753,38 € übersteigen.¹²² Das Berufungsgericht hatte eine Vorteilsausgleichung noch verneint.

f)

Mit Beschluss vom 23. Oktober 2018¹²³ hat der XI. Zivilsenat die über Rechtsbeschwerde im **Kapitalanleger-Musterverfahren** betreffend den offenen Immobilienfonds „**Morgan Stanley P2 Value**“ entschieden.

Gemäß § 41 Abs. 5 Halbsatz 2 InvG a.F. (jetzt: § 165 Abs. 3 Nr. 8 KAGB) müssen ausführliche Verkaufsprospekte eine Beschreibung enthalten, **ob** je nach Vertriebsweg ein **wesentlicher Teil** der aus dem Sondervermögen an die Kapitalanlagegesellschaft geleisteten Vergütungen für Vergütungen an Vermittler von Anteilen des Sondervermögens auf den Bestand von vermittelten Anteilen (**Bestandsprovisionen**) verwendet wird.¹²⁴ Besteht danach eine **Offenbarungspflicht**, weil der Anteil, der aus der Verwaltungsvergütung für Vermittlungsfolgeprovisionen gezahlt wird, **nicht unwesentlich** ist, muss sich aus dem Verkaufsprospekt gleichwohl nur er-

¹²⁰ BGH, Urteil vom 18. Oktober 2018 – [III ZR 497/16](#) – juris, Rn. 29.

¹²¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 15.

¹²² BGH, a.a.O., juris, Rn. 33.

¹²³ [XI ZB 3/16](#) – juris; vgl. zu einem prozessrechtlichen Gesichtspunkt unten 10.

¹²⁴ BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – [XI ZB 3/16](#) – juris, Rn. 48.

geben, **dass** aus der Verwaltungsvergütung Zahlungen als Bestandsprovision erfolgen, nicht aber deren Größenordnung und auch nicht, dass es sich um einen wesentlichen Teil handelt. Das folgt für den Senat aus der Gesetzesbegründung, wonach der Anleger insoweit nur über die **wirtschaftlichen Motive** des Vermittlers „**dem Grunde nach**“ informiert werden soll.¹²⁵ Die im Streitfall erteilte Information, „**einen Teil**“ der Vergütung als Vermittlungsfolgeprovisionen zu verwenden, genügt deshalb nach Ansicht des Senats den Anforderungen, auch wenn die Investmentgesellschaft **mindestens 90 %** ihrer Verwaltungsvergütung als Vermittlungsfolgeprovisionen an Vermittler von Anteilen gezahlt hat.¹²⁶

Die **investmentrechtliche Prospekthaftung** des § 127 Abs. 1 InvG a.F., die die Verantwortlichkeit der Kapitalanlagegesellschaft für diesen Sachverhalt besonders ausformt, schließt nach dem Dafürhalten des Senats als **Spezialregelung** in ihrem Anwendungsbereich nicht nur die allgemeine bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinne, sondern auch einen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB wegen Aufklärungspflichtverletzung durch **Verwenden eines fehlerhaften Verkaufsprospekts im Stadium der Anbahnung des Investmentvertrags** aus.¹²⁷ Eine Haftung nach § 127 Abs. 1 InvG a.F. verwirklicht in der Person der Kapitalanlagegesellschaft stets auch die Voraussetzungen des Verschuldens bei Vertragsschluss mittels Verwendens eines fehlerhaften Verkaufsprospekts (§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB). Deshalb können nach Ansicht des Senats diese allgemeinen Haftungsgrundsätze nicht neben § 127 Abs. 1 InvG a.F. zur Anwendung kommen, denn dann liefe die **gesetzgeberische Entscheidung**, der Kapitalanlagegesellschaft die Möglichkeit zu eröffnen, sich mit dem Nachweis **einfach fahrlässiger Unkenntnis** der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verkaufsprospekts zu entlasten (§ 127 Abs. 3 Satz 1 InvG a.F.), und eine **Sonderverjährungsfrist** (§ 127 Abs. 5 InvG a.F.) anzuordnen, vollständig leer. Eine Haftung der Kapitalanlage-

¹²⁵ BGH, a.a.O., juris, Rn. 51.

¹²⁶ BGH, a.a.O., juris, Rn. 49.

¹²⁷ BGH, a.a.O., juris, Rn. 55.

gesellschaft nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB kommt daher nach dem Dafürhalten des Senats nur bei Sachverhaltskonstellationen in Betracht, die von der Regelung des § 127 Abs. 1 InvG a.F. nicht erfasst sind, wie beispielsweise **unrichtige mündliche Zusicherungen** oder **irreführende Vertragsgestaltungen**.¹²⁸ Außerdem hebt der Senat hervor, dass der Investmentvertrag nur bei der **erstmaligen Ausgabe** von Anteilen zwischen der Kapitalanlagegesellschaft und dem Ersterwerber zustandekommt.¹²⁹ Von diesen Grundsätzen war auch das Oberlandesgericht ausgegangen.

Die **Sonderverjährungsfrist des § 127 Abs. 5 InvG a.F.** (i.d.F. bis zum 30. Juni 2011) gilt auch bei **Vorsatz**. Für eine teleologische Reduktion fehlt es nach Ansicht des Senats an einer verdeckten Regelungslücke im Sinne einer **planwidrigen Unvollständigkeit** des Gesetzes. Denn der Gesetzgeber hat die verschiedenen Grade des Verschuldens in den Blick genommen, daran jedoch über die Entlastungsmöglichkeit des § 127 Abs. 3 Satz 1 InvG a.F. hinaus keine weitergehenden Rechtsfolgen geknüpft. Anders als bei der Sonderverjährungsvorschrift des § 37a WpHG in der vom 01. August 1998 bis zum 04. August 2009 geltenden Fassung fand das gesetzgeberische Anliegen, vorsätzlich begangene Pflichtverletzungen von der Sonderverjährung auszunehmen, in der **Gesetzesbegründung** hier keinen Ausdruck. Nach der Beurteilung des Senats ist es **Aufgabe des Gesetzgebers**, als unangemessen erachtete Sonderverjährungsfristen aufzuheben, was er bezogen auf § 127 Abs. 5 InvG a.F. erst mit Wirkung zum Ablauf des 30. Juni 2011 getan hat.

Gebilligt hat der Senat ferner die **Beschreibung des Anlegerprofils** im Verkaufsprospekt. Dort war formuliert, das Angebot richte sich an alle Anleger, auch an solche, die mit der **Kapitalanlage in Immobilienwerte**

¹²⁸ BGH, a.a.O., juris, Rn. 57.

¹²⁹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 56.

nicht vertraut seien und die das Sondervermögen als **komfortables Sparprodukt in Grundstückswerte** nutzen wollten.¹³⁰

Die für sich genommen wenig aussagekräftige Beschreibung „komfortables Sparprodukt“ ruft nach dem Dafürhalten des Senats nach der erforderlichen Gesamtschau des Verkaufsprospekts beim durchschnittlichen Anleger nicht den unzutreffenden Eindruck hervor, es handele sich um eine Anlage **ohne Verlustrisiken**. Denn aus dem Prospektmaterial geht deutlich hervor, dass Anteile grundsätzlich nur zum jeweils **börsentäglich neu ermittelten Anteilwert zurückgenommen** werden, und dass Rücknahmeverlangen, die die **liquiden Mittel** des Sondervermögens ausschöpfen, eine zeitweilige **Aussetzung der Anteilrücknahme** zur Folge haben können. Die Verkaufsprospekte schildern darüber hinaus, dass die Investmentgesellschaft die Verwaltung des Sondervermögens kündigen kann mit der Folge, dass das Sondervermögen auf die Depotbank übergeht, die es abwickelt und den Erlös an die Anleger auszahlt. Dass die **begrenzten Liquiditätsreserven** des Sondervermögens umso eher erschöpft sind, je größer der Betrag der Anteile ist, die zurückgenommen werden sollen, versteht sich von selbst. Eines zusätzlichen Hinweises, dass die Liquiditätsreserven insbesondere dann nicht ausreichen könnten, wenn sich **institutionelle Investoren** oder Dachfonds zur Rückgabe entscheiden, bedurfte es daher nach Ansicht des Senats nicht. Ein Anleger konnte, wie der Senat weiter meint, bei Lektüre des Anlegerprofils („richtet sich an alle Anleger“, „richtet sich auch an erfahrene Anleger“, „eignet sich für jedes Anlageportfolio“) auch nicht die unzutreffende Vorstellung gewinnen, an der kollektiven Vermögensverwaltung nähmen **nur private (Klein-) Anleger** teil. Angesichts dessen bedurfte es auch keines klarstellenden Hinweises darauf, dass sich auch institutionelle Anleger mit **großen Summen** beteiligen können.¹³¹

¹³⁰ BGH, a.a.O., juris, Rn. 41.

¹³¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 44.

Der Umstand, dass sich auch institutionelle Anleger und Dachfonds beteiligen konnten, führt nach der Beurteilung des Senats auch nicht dazu, dass die Investition entgegen der Schilderung des Anlegerprofils für **private (Klein-) Anleger ungeeignet** war.¹³² Dem Vorwurf, die Investmentgesellschaft hätte vertraglich regeln müssen, dass Anteilrückgaben, die einen bestimmten Betrag überschreiten, erst nach Ablauf einer **Mindesthaltefrist** erfolgen können, hält der Senat entgegen, dass eine solche Regelung vor Inkrafttreten des § 80c Abs. 3 und Abs. 4 InvG a.F. zum 08. April 2011 gesetzlich nicht möglich war.¹³³

Die Rechtsbeschwerde des Musterklägers blieb damit in der Sache ohne Erfolg. Der Senat hat die Beurteilung der Vorinstanz bestätigt, dass die gerügten Prospektfehler nicht festzustellen sind. Im Zuge der **Finanzkrise** hatten Anleger Ende Oktober 2008 in erheblichem Umfang die Rücknahme ihrer Anteile an dem offenen Immobilienfonds verlangt, allein am 28. Oktober 2008 in einer Größenordnung von 67 Millionen € und einen Tag später, am 29. Oktober 2008, in einer Größenordnung von 196 Millionen €. Dies führte schließlich zur Kündigung der Verwaltung des Investmentvermögens und dessen Abwicklung.

g)

In seinem Urteil vom 25. Oktober 2018¹³⁴ äußert sich der III. Zivilsenat zur Annahme grob **fahrlässiger Unkenntnis von einer fehlerhaften Anlageberatung** nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Der Kläger hatte im Oktober 2006 nach mehreren Beratungsgesprächen mit Mitarbeitern der Beklagten Anteile an einem **Investmentfonds** zu einem Anlagebetrag von 15.000,00 € mit einem darin enthaltenen Ausgabeaufschlag von 577,00 € erworben. Von dem Anlagebetrag sollten jährlich 894,00 € ausbezahlt werden und je etwa zur Hälfte der **Finanzierung zweier gleichzeitig abgeschlossener Riester-Rentenverträge** dienen.

¹³² BGH, a.a.O., juris, Rn. 45.

¹³³ BGH, a.a.O., juris, Rn. 46.

¹³⁴ [III ZR 122/17](#) – juris.

Auf dem von dem Anlageberater erstellten handschriftlichen Vorsorgeplan ist unter Nummer 1 „**Geldanlage 15.000 € ohne Kapitalverzehr**“ vermerkt. Nach seinem vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Vortrag hatte der Kläger wegen der ihm erteilten Zusage, er werde das investierte Kapital i.H.v. 15.000,00 € ungeachtet der gleichzeitig vereinbarten Finanzierung zweier Riester-Rentenverträge am Ende der Laufzeit der Kapitalanlage ungeschmälert zurückerhalten, die Vorstellung, die Beklagte habe ihm den Kapitalerhalt zum Ende des Anlagezeitraums „garantiert“. Damit einhergehend erwartete er auch, dass ein etwaiger Mehrwert nach Ende des Anlagezeitraums der Beklagten und nicht ihm verbleiben würde.¹³⁵

Der Senat hat es, anders als das Berufungsgericht, lediglich als **(einfach) fahrlässig** bewertet, dass der Kläger auf die – möglicherweise für geschäftlich Erfahrene nicht plausiblen – Versprechungen des Beraters vertraut hat. Es musste sich dem Kläger seiner Ansicht nach aber **nicht förmlich aufdrängen**, dass die vom Berater empfohlene Anlage entgegen dessen Zusicherungen den Vorgaben nicht entsprach. Sichert nämlich der Berater dem Kunden gewünschte Eigenschaften des empfohlenen Produkts zu, kann es diesem grundsätzlich nicht als schwerer Obliegenheitsverstoß in eigenen Angelegenheiten entgegengehalten werden, wenn er sich hierauf verlässt.¹³⁶

Nach der Beurteilung des Senats mussten bei dem Kläger auch nicht „bereits alle Alarmglocken schrillen“, als er bei Übersendung des Zeichnungsscheins erkannte, dass er eine **Fondsbeteiligung** erworben hatte. Hierbei hebt der Senat darauf ab, dass der Kläger über **keine umfangreichen Erfahrungen mit Geldanlagen** verfügte. Etwas anderes folgt nach Ansicht des Senats auch nicht daraus, dass dem Kläger nach eigenen Angaben bekannt war, dass ein Fonds „**Höhen und Tiefen**“ hat. Denn aufgrund der erhaltenen Zusage eines Kapitalerhalts ging er nach seinen unwiderlegten Angaben in zumindest nicht grob vorwerfbarer Weise davon aus,

¹³⁵ BGH, Urteil vom 25. Oktober 2018 – [III ZR 122/17](#) – juris, Rn. 16.

¹³⁶ BGH, a.a.O., juris, Rn. 18.

dass eine „Abweichung nach unten nicht grundsätzlich beunruhigend“ sei, da es „ja auch wieder nach oben“ gehen könne und für ihn sei „das Ganze ein Gesamtpaket mit den Riesterverträgen“ gewesen sei.¹³⁷

Selbst aufgrund des **Depotauszugs** von März 2008 musste sich dem Kläger nach der Beurteilung des Senats nicht aufdrängen, dass der ihm vermittelte Anlagekomplex nicht mit der (unterstellt) zugesagten Kapitalsicherung funktionierte, obwohl sich daraus eine augenfällige Negativentwicklung, nämlich ein Verlust von 2.175,03 € (rund 15 % des Anlagebetrages) ergab. Dieses Absinken des Depotwertes wurde aber durch eine positive Entwicklung des Fonds in der Vergangenheit (Wertzuwachs von 58 %) und die seinerzeitige Lage auf dem Finanz- und Kapitalmarkt so weit relativiert, dass der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit nach Ansicht des Senats nicht gerechtfertigt ist.¹³⁸

Demnach konnte das Urteil des Berufungsgerichts, das den geltend gemachten Schadensersatzanspruch als verjährt angesehen hatte, keinen Bestand haben. Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

h)

Das Recht zur **fristlosen Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung** wegen **fehlerhaften Beitritts** infolge einer **Aufklärungspflichtverletzung** besteht **unabhängig von der Verjährung** des durch dieselbe Aufklärungspflichtverletzung begründeten **Schadensersatzanspruchs**. Das hat der II. Zivilsenat am 06. November 2018¹³⁹ entschieden.

Ein **fehlerhaft beigetretener Gesellschafter** ist berechtigt, das stille Gesellschaftsverhältnis unter Berufung auf den (behaupteten) Vertragsmangel durch **sofort wirksame Kündigung** nach § 234 Abs. 1 HGB, § 723 BGB mit der Folge zu beenden, dass ihm gegebenenfalls ein nach den gesellschaftsvertraglichen Regeln zu berechnender **Abfindungsan-**

¹³⁷ BGH, a.a.O., juris, Rn. 19.

¹³⁸ BGH, a.a.O., juris, Rn. 20.

¹³⁹ [II ZR 57/16](#) – juris.

spruch zusteht. Ein fehlerhafter Beitritt in diesem Sinne liegt auch dann vor, wenn der Gesellschafter durch eine **fehlerhafte oder unzureichende Aufklärung** zum Beitritt bewogen worden ist.¹⁴⁰

Die Kündigung unterfällt als **Gestaltungsrecht nicht der Verjährung**. Sie muss allerdings in Anlehnung an § 314 Abs. 3 BGB in einer angemessenen Frist nach Erlangung der Kenntnis über den Kündigungsgrund erklärt werden. Im Übrigen unterliegt sie der Verwirkung.¹⁴¹

Nichts anderes gilt nach der Entscheidung des Senats für die wegen eines **fehlerhaften Beitritts infolge einer Aufklärungspflichtverletzung erklärte Kündigung**. Auf sie findet insbesondere die den Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung betreffende Vorschrift des § 218 BGB keine entsprechende Anwendung, weil das Kündigungsrecht des fehlerhaft beigetretenen Gesellschafters nicht auf einer Nichterfüllung des Schadensersatzanspruchs oder eines Erfüllungsanspruchs beruht. Die Kündigung stellt auch **keine unselbständige Einwendung** dar. Denn sie ist nicht Folge eines auf Vertragsaufhebung gerichteten Schadensersatzanspruchs, sondern teilt lediglich dessen Voraussetzungen.¹⁴²

Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, mögliche Schadensersatzansprüche des klagenden Anlegers seien verjährt; infolgedessen habe der Kläger auch sein auf die Aufklärungspflichtverletzung gestütztes Kündigungsrecht verloren.

Als rechtsfehlerhaft beanstandet hat der Senat ferner die Annahme des Berufungsgerichts, etwaige Schadensersatzansprüche des Klägers seien verjährt. Die getroffenen Feststellungen genügten nach Ansicht des Senats nicht für die Annahme einer durch den **Risikohinweis im Zeich-**

¹⁴⁰ BGH, Urteil vom 06. November 2018 – [II ZR 57/16](#) – juris, Rn. 33.

¹⁴¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 34.

¹⁴² BGH, a.a.O., juris, Rn. 35.

nungsschein begründeten **grob fahrlässigen Unkenntnis** i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB.¹⁴³ Dieser war allgemein gehalten darauf beschränkt, dass es sich nicht um eine sog. mündelsichere Kapitalanlage, sondern um eine unternehmerische Beteiligung handele. Diesen Hinweis mussten die Anleger nach der Beurteilung des Senats nicht zum Anlass nehmen, **an den Angaben der Vermittler zu zweifeln** und die in Bezug genommenen Prospektpassagen nachzulesen. Außerdem enthielten letztere keine Angaben über Provisionen und eine eingeschränkte Fungibilität und damit über ebenfalls gerügte Aufklärungsfehler.¹⁴⁴

Keine Billigung fand schließlich die Annahme des Berufungsgerichts, eine anspruchsbegründende Aufklärungspflichtverletzung scheidet aus, weil die beklagte Gesellschaft nicht für mögliche Pflichtverletzungen der hier tätig gewordenen **Vermittler** einzustehen habe.¹⁴⁵ Hierbei hat das Berufungsgericht nach der Beurteilung des Senats die Anforderungen an die **Zurechnung nach § 278 ZPO** überspannt. Dass die Beklagte sich zur Akquisition von Anlegern eines Vertriebs bedient hat, erschloss sich nach Ansicht des Senats schon aus dem Inhalt der beiden von der Beklagten vorgelegten **Zeichnungsscheine**, die an mehreren Stellen die **Tätigkeit eines Vermittlers formulargemäß vorsahen**. Da beide Zeichnungsscheine die Tätigkeit der im Streitfall tätigen Vermittler und Untervermittler unter Angabe einer übereinstimmenden **Vertriebspartner-Nummer** auswiesen und die Beklagte die Beitrittserklärungen angenommen hat, bestanden keine Zweifel, dass die Vermittler und Untervermittler innerhalb des Pflichtenkreises der Beklagten mit deren Wissen und Wollen tätig geworden sind. Der Senat erinnert daran, dass hierfür eine **allgemeine Billigung der Vermittlungstätigkeit** ohne konkrete Kenntnis der auf weiteren Vertriebsstufen eingeschalteten Untervermittler genügt; einer vom aufklä-

¹⁴³ BGH, a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁴⁴ BGH, a.a.O., juris, Rn. 22.

¹⁴⁵ BGH, a.a.O., juris, Rn. 14.

zungspflichtigen Gesellschafter bis zum Vermittler führenden vertraglichen „**Auftragskette**“ bedarf es nicht.¹⁴⁶

Die Sache wurde nach allem zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen.

i)

Steht dem Anleger ein **vertragliches Recht auf Widerruf seiner Beitrittserklärung** zu einer Fondsgesellschaft zu, welches – abgesehen von der Einhaltung einer Widerrufsfrist oder bestimmter Formerfordernisse – an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist, ist der Anleger durch das Zustandekommen des Beitrittsvertrages **noch nicht im Sinne des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB geschädigt**. Ein den **Verjährungsbeginn** auslösender Schaden ist zu bejahen, wenn Umstände gegeben sind, aufgrund deren der Kapitalanleger von seiner Anlageentscheidung **nicht (mehr) Abstand nehmen** kann, ohne gegebenenfalls finanzielle Einbußen oder sonstige für ihn nachteilige Folgen hinnehmen zu müssen. Bei dem Beitritt zu einer Kapitalanlagegesellschaft ist dies insbesondere dann der Fall, wenn der Anleger bereits eine **gesellschaftsrechtliche Stellung erlangt** hat, aufgrund deren ein Austritt aus der Gesellschaft nur noch nach den Grundsätzen der **fehlerhaften Gesellschaft** möglich wäre. Das hat der III. Zivilsenat mit Urteil vom 08. November 2018¹⁴⁷ ausgesprochen.

Der **Eintritt eines Schadens**, welcher den Lauf der Verjährung eines auf dessen Ersatz gerichteten Anspruchs des Geschädigten nach § 199 Abs. 1 Nr. 3 BGB in Gang setzt, ist nach ständiger Rechtsprechung (erst) dann zu bejahen, wenn es zu einer **konkreten Verschlechterung der Vermögenslage** gekommen ist, wofür das Entstehen einer **lediglich risikobehafteten Situation** nicht genügt. Erwirbt ein Anlageinteressent auf Grundlage einer fehlerhaften Beratung eine für ihn nachteilige, seinen konkreten Anlagezielen und Vermögensinteressen nicht entsprechende

¹⁴⁶ BGH, a.a.O., Rn. 16 f. unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 17. April 2018 – [II ZR 265/16](#), ZIP 2018, 1130 Rn. 30; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2018.

¹⁴⁷ [III ZR 628/16](#) – juris.

Kapitalanlage, kann dieser **Erwerb bereits für sich genommen** einen Schaden darstellen und ihn deshalb – unabhängig von der Werthaltigkeit der Anlage – dazu berechtigen, im Wege des Schadensersatzes die **Rückabwicklung** zu verlangen. Der Schadensersatzanspruch **entsteht** dabei schon mit dem **(unwiderruflichen und vollzogenen) Erwerb** der Kapitalanlage.¹⁴⁸

An einem in diesem Sinne unwiderruflichen Erwerb fehlt es, wie der Senat nunmehr entschieden hat, wenn einem Anleger ein vertraglich eingeräumtes Recht auf **Widerruf seiner Beitrittserklärung** zu einer Kapitalgesellschaft zusteht, welches abgesehen von der Einhaltung einer Widerrufsfrist oder bestimmter Formerfordernisse an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist. Solange es damit zur **alleinigen Disposition des Anlegers** steht, ob er an dem geschlossenen Vertrag festhält, liegt nach Ansicht des Senats lediglich eine risikobehaftete Lage vor.¹⁴⁹

Anders liegt es, wenn trotz der freien Widerrufbarkeit der Beitrittserklärung Umstände gegeben sind, aufgrund deren der Beitretende von seiner Anlageentscheidung nicht Abstand nehmen kann, ohne aus Gründen, welche sich seiner Einflussmöglichkeit entziehen, gegebenenfalls **finanzielle Einbußen** oder sonstige für ihn nachteilige Folgen hinnehmen zu müssen.¹⁵⁰ Bei dem Beitritt als **atypisch stiller Gesellschafter** zu einer Kapitalanlagegesellschaft ist dies insbesondere der Fall, wenn der Anleger bereits eine gesellschaftsrechtliche Stellung erlangt hat, aufgrund deren ein **Austritt aus der Gesellschaft** nur noch nach den Grundsätzen der **fehlerhaften Gesellschaft** möglich wäre.¹⁵¹ Ist der Gesellschaftsvertrag bereits **in Vollzug gesetzt**, ist nämlich der Widerruf der Beitrittserklärung als außerordentliche Kündigung zu behandeln, die nicht zu einer rückwirkenden Beseitigung der Gesellschafterstellung führt. Vielmehr ist der widerru-

¹⁴⁸ BGH, Urteil vom 08. November 2018 – [III ZR 628/16](#) – juris, Rn. 14 mit Hinweis u.a. auf BGH, Urteil vom 23. November 2017 – [III ZR 389/15](#) – juris, Rn. 34.

¹⁴⁹ BGH, Urteil vom 08. November 2018 – [III ZR 628/16](#) – juris, Rn. 20.

¹⁵⁰ BGH, a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁵¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 24.

fende Gesellschafter bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung wie ein Gesellschafter mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten anzusehen, er ist zur Leistung seiner **Einlage**, soweit sie nicht vollständig erbracht ist, verpflichtet und nimmt bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens an den **Gewinnen und Verlusten** der Gesellschaft teil.¹⁵²

In Vollzug gesetzt ist der Gesellschaftsvertrag erst dann, wenn **Rechtstat-sachen geschaffen** worden sind, an denen die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann. Das ist der Fall, wenn der Beitretende **Beiträge geleistet** oder **gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt** hat.¹⁵³

Die Revision des Anlegers, der nach Beratung durch den Beklagten einer Fondsgesellschaft als atypisch stiller Beteiligter beigetreten war und den Beklagten auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten in Anspruch nimmt, hatte damit Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. Das Berufungsgericht hatte die Ansprüche noch als verjährt behandelt, weil die **zehnjährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB** bereits mit dem Erwerb der Kapitalanlage, also mit **Annahme der Beitrittserklärung** durch die Fondsgesellschaft am 12. November 2002, begonnen habe. Davon ausgehend sei der **Güteantrag** vom 13. November 2012 um einen Tag zu spät gewesen. Dies hat der Senat beanstandet, weil der Kläger seine Beitrittserklärung am 12. November 2002 noch frei widerrufen konnte und auch noch nicht nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft gebunden war. Denn einen **Beitrag**, mit dem der Gesellschaftsvertrag **in Vollzug gesetzt** wurde, hatte der Kläger erst **einen Tag später**, am 13. November 2002 geleistet.¹⁵⁴ Damit war der Güteantrag vom 13. November 2012 nach der Beurteilung des Senats rechtzeitig.¹⁵⁵ Der Güteantrag erfüllte die formalen Anforderun-

¹⁵² BGH, a.a.O., juris, Rn. 25.

¹⁵³ BGH, a.a.O., juris, Rn. 26.

¹⁵⁴ BGH, a.a.O., juris, Rn. 26.

¹⁵⁵ BGH, a.a.O., juris, Rn. 27.

gen; dass eine **Vollmacht für die Prozessbevollmächtigten** des Klägers nicht beigelegt war, ist unschädlich.¹⁵⁶

Seite 47 von 53

Der Senat hat offen gelassen, ob die Voraussetzungen für das Eingreifen eines **gesetzlichen Widerrufsrechts** gegeben waren. Er hat die von dem Kläger unterzeichnete „Widerrufsbelehrung“ dahin ausgelegt, dass ihm jedenfalls ein inhaltlich voraussetzungsloses **vertragliches Widerrufsrecht** eingeräumt wurde. Er hat darauf abgestellt, dass die Belehrung einschränkungslos formuliert ist („**Meine Beitrittserklärung ... kann ich ... widerrufen**“) und ihr – anders als es der XI. Zivilsenat in zwei von ihm entschiedenen Fällen zugrunde gelegt hat¹⁵⁷ – **kein Hinweis** darauf zu entnehmen ist, dass das Recht zum Widerruf nur in den gesetzlich vorgesehen Fällen oder unter bestimmten Bedingungen gegeben sein soll. Eine so formulierte „Widerrufsbelehrung“ ist nach dem Dafürhalten des Senats unter Berücksichtigung der **AGB-rechtlichen Unklarheitenregel** (§ 305c Abs. 2 BGB) geeignet, aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Kunden die berechtigte Erwartung hervorzurufen, dass er sich bei Einhaltung der in der Belehrung genannten Formerfordernisse in jedem Fall innerhalb der aufgeführten Frist von seiner Beitrittserklärung lösen kann, ohne dass es hierfür auf das Vorliegen weiterer (insbesondere gesetzlicher) Voraussetzungen ankommt.¹⁵⁸

6.-9.

Factoring/Leasing, Geldwäsche, Bankenaufsicht, Steuerliche Bezüge

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

¹⁵⁶ BGH, a.a.O., juris, Rn. 31 mit Hinweis auf BGH, Beschluss vom 04. Mai 2016 – [III ZR 100/15](#) – juris, Rn. 3 f; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2016.

¹⁵⁷ BGH, Urteile vom 06. Dezember 2011 – [XI ZR 401/10](#), NJW 2012, 1066 Rn. 27 ff. und vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 501/15](#), BGHZ 211, 105 Rn. 43; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

¹⁵⁸ BGH, Urteil vom 08. November 2018 – [III ZR 628/16](#) – juris, Rn. 19.

10. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

a)

Die Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 24. April 2018¹⁵⁹ befasst sich mit den Anforderungen an die **Bestimmtheit des Klageantrags** auf „**Freigabe**“ einer Sicherheit.

Im Grundsatz genügt der Antrag auf „Freigabe“ einer Grundschuld für sich dem **Bestimmtheitsgebot** des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nach der Rechtsprechung des Senats **nicht**. Denn er lässt nicht mit der für das Vollstreckungsverfahren erforderlichen Bestimmtheit erkennen, welche der im Rahmen eines **Wahlschuldverhältnisses nach §§ 262 ff. BGB** gegebenen **Arten der Rückgewähr** – Aufhebung der Grundschuld, §§ 875, 1183, 1192 Abs. 1 BGB, Abgabe einer Verzichtserklärung, die eine Eigentümergrundschuld entstehen lässt, § 1168 Abs. 1, § 1192 Abs. 1 BGB, oder Abtretung an sich oder einen Dritten, §§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB – der Kläger als Sicherungsgeber beansprucht.¹⁶⁰

Anders liegt es, wenn die hinreichende Bestimmtheit durch **Auslegung des Prozessvortrags** hergestellt werden kann. Dies hat der Senat in dem zur Entscheidung stehenden Fall angenommen, weil der Kläger schriftsätzlich ausgeführt hatte, er wünsche die „**Löschung**“ und damit die Aufhebung der Grundschuld. Daraus ergab sich für den Senat, dass er (nur) diese Art der Rückgewähr begehrte.¹⁶¹

Dies führte zur weitgehenden Bestätigung des zu den Rechtsfolgen nach **Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrags** ergangenen Berufungsurteils mit der Maßgabe, dass der Senat in der **Entscheidungsformel klargestellt** hat, dass die Beklagte die Löschung der Grundschuld zu be-

¹⁵⁹ [XI ZR 207/17](#) – juris.

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 24. April 2018 – [XI ZR 207/17](#) – juris, Rn. 9.

¹⁶¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 10.

willigen hat.¹⁶² Das Berufungsgericht hatte den Tenor dahin abgefasst, dass die Beklagte verurteilt wird, „die Grundsuld freizugeben“. Die Revision des Klägers hatte insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht sowohl bei dessen Verurteilung auf die Widerklage als auch bei der Formulierung des Zug-um-Zug-Vorbehalts eine Aufrechnung des Klägers mit einer Gegenforderung i.H.v. 1.538,70 € wegen der **Herausgabe von Nutzungen** mit der Erwägung zurückgewiesen hatte, darauf seien von der Beklagten **Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag** abzuführen. Dies steht einer Aufrechnung nach der neueren Rechtsprechung des Senats nicht entgegen.¹⁶³

b)

In seiner Entscheidung vom 03. Juli 2018¹⁶⁴ äußert sich der XI. Zivilsenat zum Erfordernis der **Anschlussberufung** in Fällen, in denen der Darlehensnehmer eines Verbraucherdarlehensvertrags **in erster Instanz** unzulässiger Weise die **Feststellung erwirkt** hat, der Verbraucherdarlehensvertrag habe sich aufgrund des Widerrufs seiner auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung **in ein Rückgewährschuldverhältnis** umgewandelt.

Der Feststellungsantrag der Kläger, „dass sich die Darlehensverträge in Rückabwicklungsschuldverhältnisse umgewandelt haben“, dem hier schon die erste Instanz – vom Berufungsgericht auf Berufung der Beklagten bestätigt – entsprochen hat, ist nach der neueren Rechtsprechung des Senats **unzulässig**.¹⁶⁵ Hierauf hat der Senat in der referierten Entscheidung erkannt und die Klage insoweit **abgewiesen**. Er hat darauf verzichtet, die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um den Klä-

¹⁶² BGH, a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁶³ BGH, a.a.O., juris, Rn. 14 unter Hinweis auf Senatsurteile vom 25. April 2017 – [XI ZR 108/16](#), WM 2017, 1008 Rn. 22 ff.; [XI ZR 573/15](#), WM 2017, 1004 Rn. 39 ff.; vgl. dazu Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2017.

¹⁶⁴ [XI ZR 572/16](#) – juris.

¹⁶⁵ BGH, Urteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 572/16](#) – juris, Rn. 11 f. unter Hinweis u.a. auf Senatsurteile vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#), WM 2017, 766 Rn. 11 ff., vom 21. Februar 2017 (Versäumnisurteil) – [XI ZR 467/15](#), WM 2017, 906 Rn. 13 ff., vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#), WM 2017, 849 Rn. 19; vgl. dazu Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2017.

gern Gelegenheit zu geben, zu einem zulässigen Klageantrag überzugehen. Denn die Frist zur Einlegung einer nach dem Dafürhalten des Senats dazu **erforderlichen Anschlussberufung** war abgelaufen.

Die Kläger können nach der Rechtsprechung des Senats zulässig nur auf Rückgewähr der erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen oder darauf klagen, dass die Beklagte gegen die Kläger aufgrund des Widerrufs keine Ansprüche (mehr) aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB hat. Im **Übergang von der positiven Feststellungsklage zur Leistungsklage** läge nach Ansicht des Senats eine **Klageerweiterung** nach § 264 Nr. 2 ZPO, in dem **Übergang von der positiven Feststellungsklage zur negativen Feststellungsklage** läge eine **Klageänderung** nach § 263 ZPO. Sowohl die Klageerweiterung als auch die Klageänderung setzen aber voraus, dass die in erster Instanz mit ihrem positiven Feststellungsbegehren erfolgreichen anderweitig beschwerten Kläger **entweder selbst Berufung eingelegt** haben und ihren Rechtsmittelangriff noch erweitern oder **noch zulässig Anschlussberufung einlegen können**.¹⁶⁶

Daran fehlte es im Streitfall. Die Kläger, die gegen das landgerichtliche Urteil Berufung nicht eingelegt hatten, konnten dies nach Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht nicht mehr tun. Auch eine Anschlussberufung konnten sie nicht mehr einlegen, weil die Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO abgelaufen war.¹⁶⁷

c)

Mit Beschluss vom 10. Juli 2018¹⁶⁸ führt der XI. Zivilsenat seine Rechtsprechung zur Rechtsmittelbeschwer bzw. zum **Streitwert in Widerrufsfällen** fort. Er bestätigt zunächst, dass für Streitwert und Beschwer die **bis zum Widerruf erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen** maßgeblich sind, wenn ein Darlehensnehmer die **Feststellung** begehrt, dass ein Dar-

¹⁶⁶ BGH, Urteil vom 03. Juli 2018 – [XI ZR 572/16](#) – juris, Rn. 17.

¹⁶⁷ BGH, a.a.O., juris, Rn. 18 f.

¹⁶⁸ [XI ZR 149/18](#) – juris; vgl. auch Beschluss vom gleichen Tag in der Sache [XI ZR 674/16](#), sowie Beschluss vom 24. Juli 2018 – [XI ZR 740/17](#).

lehensvertrag, der im Fall eines wirksamen Widerrufs gemäß § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung nach den §§ 346 ff. BGB rückabzuwickeln ist, aufgrund eines Widerrufs „beendet“ ist bzw. sich in ein **Rückgewährschuldverhältnis** umgewandelt hat.¹⁶⁹ Verlangt hingegen ein Darlehensnehmer nach Widerruf seiner auf den Abschluss eines Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung die **Zahlung** eines sich nach (ggf. konkludenter) **Aufrechnung** zu seinen Gunsten ergebenden **Saldos** („**Rückabwicklungssaldos**“), ist, wie der Senat nunmehr klarstellt, gemäß §§ 3, 4 Abs. 1 ZPO für den Streitwert und die Beschwerde **allein der geforderte Betrag maßgeblich**.¹⁷⁰ Mit Blick darauf, dass eine **positive Feststellungsklage im Regelfall unzulässig** ist,¹⁷¹ handelt es sich dabei um eine praxisrelevante Klarstellung, die etwa in diesem Verfahren dazu geführt hat, dass die Wertgrenze **für die Nichtzulassungsbeschwerde** (§ 26 Nr. 8 EGZPO) nicht erreicht wurde, weil die Klägerin lediglich einen „Rückabwicklungssaldo“ von 9.813,13 € eingeklagt hatte.¹⁷²

Der **Wert einer negativen Feststellungsklage** soll sich hingegen nach den **Zins- und Tilgungsleistungen bis zum Widerruf** bemessen.¹⁷³

d)

Der oben bereits vorgestellte Morgan-Stanley-Beschluss vom 23. Oktober 2018¹⁷⁴ enthält ferner Aussagen zu prozessualen Besonderheiten des **Kapitalanleger-Musterverfahrens**. Danach sind **Feststellungsziele** zu Aufklärungsfehlern, die nicht unter **Verwendung einer öffentlichen Kapital-**

¹⁶⁹ BGH, Beschluss vom 10. Juli 2018 – [XI ZR 149/18](#) – juris, Rn. 2 mit Bezug u.a. auf Senatsbeschluss vom 12. Januar 2016 – [XI ZR 366/15](#), WM 2016, 454 Rn. 1, 6 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2016.

¹⁷⁰ BGH, Beschlüsse vom 10. Juli 2018 – [XI ZR 149/18](#) – juris, Rn. 3 f.; vom 24. Juli 2018 – [XI ZR 740/17](#) – juris, Rn. 5.

¹⁷¹ BGH, Urteile vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#), WM 2017, 766 Rn. 11 ff., vom 21. Februar 2017 (Versäumnisurteil) – [XI ZR 467/15](#), WM 2017, 906 Rn. 13 ff., vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – WM 2017, 849 Rn. 19; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2017; aus dem Berichtszeitraum etwa Urteil vom 27. November 2018 – [XI ZR 174/17](#) – juris, Rn. 11.

¹⁷² BGH, Beschluss vom 10. Juli 2018 – [XI ZR 149/18](#) – juris, Rn. 3; ebenso Beschluss vom 27. November 2018 – [XI ZR 287/18](#) – juris, Rn. 4.

¹⁷³ BGH, Beschluss vom 10. Juli 2018 – [XI ZR 674/16](#) – juris, Rn. 2; Beschluss vom 04. Dezember 2018 – [XI ZR 196/18](#) – juris, Rn. 2.

¹⁷⁴ [XI ZB 3/16](#) – juris.

marktinformation begangen worden sein sollen, im Kapitalanleger-Musterverfahren **nicht statthaft** (§ 1 Abs. 1 KapMuG).

Von § 1 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG werden nur Schadensersatzansprüche erfasst, die **unmittelbar an die fehlerhafte, irreführende oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformation anknüpfen**. Rechtsstreitigkeiten, in denen Schadensersatzansprüche auf die **Verletzung vertraglicher Pflichten** oder auf § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB gestützt werden, fallen nicht darunter.¹⁷⁵ Zwar ist durch § 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG i.d.F. vom 19. Dezember 2012 der Anwendungsbereich des KapMuG auf Schadensersatzansprüche wegen Verwendung einer falschen oder irreführenden öffentlichen Kapitalmarktinformation oder wegen Unterlassung der gebotenen Aufklärung darüber, dass eine öffentliche Kapitalmarktinformation falsch oder irreführend ist, erweitert worden. Danach reicht der mittelbare Bezug zu einer existierenden öffentlichen Kapitalmarktinformation aus. Trotz Erweiterung des Anwendungsbereichs des KapMuG können jedoch Aufklärungsfehler, die nicht unter Verwendung einer öffentlichen Kapitalmarktinformation begangen sind, nach dem Dafürhalten des Senats nicht Gegenstand eines Musterverfahrens sein. Denn sowohl nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG als auch nach der Gesetzesbegründung darf der Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation nicht fehlen.¹⁷⁶

An einem solchen erforderlichen Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation fehlt es nach der Beurteilung des Senats mit Blick auf das Feststellungsziel 13 zu **(vor-) vertraglichen Informationspflichten** gegenüber den Vertragspartnern des Investmentvertrags über **Zuwendungen an Dritte**. Da hiermit die Frage nach einer sich unabhängig von einer veröffentlichten Kapitalmarktinformation **aus dem Investmentvertrag ergebenden Aufklärungspflicht** aufgeworfen ist, zielt dieser Antrag nach der Beurteilung des Senats auf die Begründung eines Schadensersatz-

¹⁷⁵ BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – [XI ZB 3/16](#) – juris, Rn. 72.

¹⁷⁶ BGH, a.a.O., juris, Rn. 73.

anspruchs, für den der Anwendungsbereich des KapMuG nicht eröffnet ist.¹⁷⁷ Dies führte zur Zurückweisung dieses Feststellungsziels als im Kapitalanleger-Musterverfahren unstatthaft. Das Oberlandesgericht hatte das Feststellungsziel noch sachlich beschieden und zurückgewiesen.

Ferner hat der Senat beanstandet, dass das Oberlandesgericht eine Sachentscheidung dazu getroffen hat, ob die Musterbeklagte wegen Verwenden eines fehlerhaften Verkaufsprospekts bei Anbahnung des Investmentvertrags aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB haftet (Feststellungsziele 7 und 8) und ob für den spezialgesetzlichen Prospekthaftungsanspruch aus § 127 Abs. 1 InvG a.F. die kurze Verjährungsfrist des § 127 Abs. 5 InvG a.F. auch bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen gilt (Feststellungsziel 19). Auf diese Feststellungsziele kommt es nach Ansicht des Senats nicht mehr an, weil ein Prospektfehler nicht vorliegt. Damit ist insoweit das **Feststellungsinteresse entfallen**, weshalb der Senat den Vorlagebeschluss in diesen Punkten für **gegenstandslos** erklärt hat.¹⁷⁸

Karlsruhe, 19. März 2019

Dr. Peter Rädler

Dr. Katja Lembach

¹⁷⁷ BGH, a.a.O., juris, Rn. 71.

¹⁷⁸ BGH, a.a.O., juris, Rn. 54; 60 f.; 66; 68.