

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 2. Halbjahr 2021

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

Nachstehend haben wir für Sie die im 2. Halbjahr 2021 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst.¹ Berücksichtigt sind die bis zum 31. Januar 2022 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 2. Halbjahr 2021 werden in die nachfolgende Rechtsprechungsübersicht aufgenommen.

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

Besonders hervorzuheben sind die folgenden Entscheidungen:

- Nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 29. Juni 2021 (– XI ZR 46/20 –) ist es nicht hinreichend klar und eindeutig im Sinne von Art. 247a § 2 Abs. 2 EGBGB, wenn auf der Internetseite einer Bank der Sollzinssatz, der für die Überziehungsmöglichkeit berechnet

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](#)“.

wird, mit „Aktuell bis zu 10,90 % p.a. Zinsen“ angegeben wird (Newsletter, S. 3).

- Die in Prämiensparverträgen enthaltene Formulklausel „Die Spareinlage wird variabel z.Zt. mit ... % p.a. verzinst“ ist nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 06. Oktober 2021 (– XI ZR 234/20 –) in seiner Ausgestaltung der Variabilität AGB-rechtlich unwirksam und im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch Zinsanpassungen anhand eines Referenzzinssatz für langfristige Spareinlagen nach der Verhältnismethode zu ersetzen (Newsletter, S. 8).
- In der Konsequenz des Urteils „Volkswagen Bank“ des Europäischen Gerichtshofs hat der XI. Zivilsenat dem Gerichtshof mit Beschluss vom 31. Januar 2022 (– XI ZR 113/21 –) zur Auslegung der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG die Frage vorgelegt, ob die Berufung des Verbrauchers auf sein wirksam ausgeübtes Widerrufsrecht im Einzelfall bei Vorliegen besonderer, über den bloßen Zeitablauf hinausgehender Umstände als missbräuchlich zu bewerten sein kann (Newsletter, S. 18).
- In seinem Beschluss vom 08. Juni 2021 (– XI ZB 22/19 –) hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zur Darstellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 VermVerk-ProspV und von Interessenkonflikten des Treuhänders Stellung zu nehmen (Newsletter, S. 21).
- Mit Urteil vom 20. Juli 2021 (– II ZR 152/20 –) hat der II. Zivilsenat die Haftung des Lieferanten der Abschalteneinrichtungs-Software im Abgasskandal für möglicherweise verspätete Ad-Hoc-Meldungen des Autoherstellers über die Verwendung der Software verneint (Newsletter, S. 25).

- In seinem Urteil vom 26. Oktober 2021 (– XI ZR 209/19 –) hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, sich mit den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs des Anlegers gegen den Darlehensgeber gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB in der Fallgruppe des Überschreitens der Kreditgeberrolle zu befassen (Newsletter, S. 30).
- In prozessrechtlicher Hinsicht stand die Fortentwicklung der Rechtsprechung zum Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz im Mittelpunkt. Darüber hinaus hatte sich der XI Zivilsenat in seinem Urteil vom 06. Oktober 2021 (– XI ZR 234/20 –) mit einer Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff. ZPO zu befassen (Newsletter, S. 43).

1.

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

a)

Wird auf der **Internetseite** einer Bank der Sollzinssatz, der für die Überziehungsmöglichkeit berechnet wird, mit „**Aktuell bis zu 10,90 % p.a. Zinsen**“ angegeben, ist dies **nicht klar und eindeutig** im Sinne von Art. 247a § 2 Abs. 2 EGBGB. Das hat der XI. Zivilsenat am 29. Juni 2021² entschieden. In einer weiteren Leitsatzentscheidung vom gleichen Tag³ befasst er sich mit der Angabe des Sollzinssatzes für Überziehungskredite auf der Internetseite einer Bank „**in auffallender Weise**“ im Sinne des Art. 247a § 2 Abs. 2 und 3 EGBGB.

² Urteil vom 29. Juni 2021 – [XI ZR 46/20](#) – juris.

³ Urteil vom 29. Juni 2021 – [XI ZR 19/20](#) – juris.

Gemäß Art. 247a § 2 Abs. 2 Satz 1 EGBGB ist der **Sollzinssatz**, der für die **Überziehungsmöglichkeit** berechnet wird, in den nach Absatz 1 dieser Vorschrift vom Unternehmer zur Verfügung zu stellenden Informationen über Entgelte und Auslagen für die Einräumung von Überziehungsmöglichkeiten **klar, eindeutig und in auffallender Weise** anzugeben. Verfügt der Unternehmer über einen **Internetauftritt**, so ist der Sollzinssatz in entsprechender Weise auch dort anzugeben (vgl. Art. 247a § 2 Abs. 2 Satz 2 EGBGB).⁴

Wie der Senat nunmehr entschieden hat, ist die Angabe des Sollzinssatzes auf der Konditionenseite dann nicht klar und eindeutig ist, wenn bei einer **Zinsspanne** – die grundsätzlich zulässig ist⁵ – der **untere Wert** dieser Spanne, also der zu zahlende **Mindestzinssatz**, nicht angegeben ist.⁶ Nach dem Dafürhalten des Senats muss gemäß dem Zweck der Regelung beim Bestehen einer Zinsspanne **sowohl die Unter- als auch die Obergrenze angegeben** werden, um die vom Gesetzgeber angestrebte bessere **Vergleichbarkeit der Konditionen** der Überziehungsmöglichkeiten und geduldeten Überziehungen auch unabhängig von Ladenöffnungszeiten zu gewährleisten.⁷ Durch die Angabe der Untergrenze wird dem Verbraucher deutlich vor Augen geführt, mit welcher Belastung er auch beim **günstigsten Angebot** rechnen muss. Dies kann bei einem hohen Durchschnittsniveau der Zinsen für Dispositionskredite dazu führen, dass der Verbraucher sich schon bei dem Zinsvergleich der einzelnen Anbieter überlegt, ob es für seine Zwecke eine kostengünstigere andere Finanzierungsmöglichkeit geben könnte. Die Angabe der **Höchstgrenze** wiederum gewährleistet, dass der Verbraucher sich nicht nur an den Mindestwerten orientieren muss, die auf ihn möglicherweise gar nicht anwendbar sind und ihm daher

⁴ Urteil vom 29. Juni 2021 – [XI ZR 46/20](#) – juris, Rn. 17.

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 19.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 21.

eine **falsche Vorstellung der auf ihn zukommenden Belastung** vermitteln.⁸ Dass der Darlehensgeber an die angegebene Untergrenze nicht gebunden ist, sondern den Zinssatz für Kontoüberziehungen **im Einzelfall jederzeit unterhalb angegebener Grenzen** festsetzen kann, ändert nach Ansicht des Senats nichts, denn Art. 247a § 2 Abs. 1 und 2 EGBGB verpflichtet den Unternehmer zur Angabe der **gewöhnlich geforderten Entgelte und Sollzinssätze**.⁹

Mit der Vorgabe einer an eine **Darstellung „in auffällender Weise“** stellt das Gesetz in Art. 247a § 2 Abs. 2 EGBGB überdies **gestalterische Anforderungen** an die Angabe des Sollzinssatzes. Diesen wird die Angabe im Preisaushang nicht gerecht, wenn sie sich **nicht von den übrigen Preisangaben unterscheidet**.¹⁰ Denn mit einer Darstellung „in auffällender Weise“ im Sinne des Art. 247a § 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB ist nach der Beurteilung des Senats eine **Hervorhebung gegenüber dem Kontext** gemeint.¹¹ Die Anforderung wird demnach bei Angabe der nach Art. 247a § 2 Abs. 1 und 2 EGBGB erforderlichen Informationen in einem **Preisaushang** nur verwirklicht, wenn sich der Sollzinssatz **von den anderen Preisangaben so abhebt, dass er dem Kunden ins Auge fällt**.¹² Das folgt für den Senat aus Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte des Gesetzes, insbesondere der begrifflichen Übereinstimmung mit **§ 6a Abs. 2 Satz 1 PAngV**.¹³

Der Vorschrift des § 6a Abs. 2 Satz 2 PAngV entnimmt der Senat nicht, dass eine besondere Hervorhebung des Sollzinssatzes gegenüber anderen Preisangaben nicht erforderlich sei. Die Vorschrift betrifft nach Ansicht des

⁸ a.a.O. – juris, Rn. 22.

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 23.

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 25.

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 26.

¹² a.a.O. – juris, Rn. 27.

¹³ a.a.O. – juris, Rn. 28 ff.

Senats nur die gestalterischen Anforderungen innerhalb der **Werbung**, nicht in einem Preisaushang.¹⁴ Im Übrigen bestimmt § 6a Abs. 2 Satz 2 PAngV lediglich, dass der effektive Jahreszins in der Werbung mindestens genauso hervorzuheben ist wie jeder andere Zinssatz, d.h. mindestens in gleicher Größe, Schriftart, Gestaltungsweise und an ähnlich exponierter Stelle dargestellt werden muss wie die anderen Zinssätze.¹⁵

Werden auf der Internetseite der Bank sowohl in den **Konditionsangaben** als auch in dem gesondert abrufbaren **Preisaushang** Sollzinssätze dargestellt, müssen **beide Informationen** den Anforderungen des Art. 247a § 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Satz 2 EGBGB genügen. Das folgt für den Senat aus dem vom Gesetzgeber mit dieser Vorschrift verfolgten Anliegen, Preistransparenz zu schaffen und interessierten Verbrauchern unabhängig von Ladenöffnungszeiten zu ermöglichen, verschiedene Angebote von Überziehungsmöglichkeiten zu vergleichen und sich einen Marktüberblick zu verschaffen. Die Erreichung dieses Anliegens wäre nach Ansicht des Senats gefährdet, wenn die Sollzinssätze nur in einer der beiden Informationen in auffällender Weise angegeben werden müssten. Denn in diesem Fall wäre nicht gewährleistet, dass der Verbraucher **gerade jene Information aufruft**, in der die Sollzinssätze in auffällender Weise angegeben sind.¹⁶

Das Argument, dass es zur Pflichterfüllung genüge, die Sollzinssätze lediglich an einer einzigen Stelle des Internetauftritts in der vorgegebenen Weise zu veröffentlichen, greift erst recht nicht, wenn die Angabe auf der Konditionenseite den Anforderungen des Art. 247a § 2 Abs. 2 EGBGB nicht genügt, weil sie wegen fehlender Nennung des Mindestzinssatzes nicht klar

¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 32.

¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 32; Urteil vom 29. Juni 2021 – [XI ZR 19/20](#) – juris, Rn. 24.

¹⁶ Urteil vom 29. Juni 2021 – [XI ZR 19/20](#) – juris, Rn. 18.

und eindeutig ist. Dann wäre eine **nicht ordnungsgemäße Angabe hervorgehoben**, was Art. 247a § 2 Abs. 2 EGBGB zuwiderläuft.¹⁷

In beiden entschiedenen Fällen hat der Senat die gestalterischen Anforderungen an eine Darstellung „in auffallender Weise“ als nicht erfüllt angesehen, weil sich die Angabe des Sollzinssatzes **nicht von den übrigen Preisangaben unterschied**¹⁸ bzw. in keinerlei Hinsicht **optisch oder sonst wahrnehmungsfähig gegenüber den weiteren Angaben in den Informationen hervorgehoben** waren, so dass dem Verbraucher die Angaben zu den Sollzinssätzen nicht ins Auge fielen.¹⁹

Im Verfahren XI ZR 46/20 war ferner die Angabe „**Aktuell bis zu 10,90 % p.a. Zinsen**“ mangels Angabe des **Mindestzinssatzes** nicht **klar und eindeutig**, weil die Beklagte bei dem Sollzinssatz nach der Dauer und dem Umfang der Kundenverbindung differenziert und auf diese Weise zu einer Zinsspanne von 7,90% bis 10,90% gelangt.²⁰

Die Unterlassungsklagen des Bundesverbands der Verbraucherzentralen hatten daher in allen Punkten Erfolg.

b)

Die in **Prämiensparverträgen** enthaltene Formulklausel „**Die Spareinlage wird variabel z.Zt. mit ... % p.a. verzinst**“, nach der bei objektiver Auslegung eine Änderung des Zinssatzes mit der Änderung eines Aushangs im Kassenraum in Kraft tritt, ist in Bezug auf die **Ausgestaltung der**

¹⁷ Urteil vom 29. Juni 2021 – [XI ZR 46/20](#) – juris, Rn. 36.

¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 25.

¹⁹ Urteil vom 29. Juni 2021 – [XI ZR 19/20](#) – juris, Rn. 25.

²⁰ Urteil vom 29. Juni 2021 – [XI ZR 46/20](#) – juris, Rn. 18.

Variabilität nach § 308 Nr. 4 BGB **unwirksam**, weil sie nicht das erforderliche **Mindestmaß an Kalkulierbarkeit** möglicher Zinsänderungen aufweist. Das hat der XI. Zivilsenat am 06. Oktober 2021²¹ in Bestätigung seiner Senatsurteile vom 17. Februar 2004²² und vom 13. April 2010²³ entschieden.

Darüber hinaus hat der Senat darauf erkannt, dass bei Prämiensparverträgen, bei denen die Prämien auf die Sparbeiträge stufenweise bis zum 15. Sparjahr steigen, im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** für die vorzunehmenden Zinsanpassungen allein ein **Referenzzinssatz für langfristige Spareinlagen** und eine Zinsanpassung nach der **Verhältnismethode** maßgebend ist.

Die **Ansprüche** der Verbraucher auf **Zahlung weiterer Zinsbeträge** aus den Prämiensparverträgen werden frühestens **mit Beendigung der Prämiensparverträge fällig** (§ 271 Abs. 2 BGB).

Die Klausel „Die Spareinlage wird variabel, z.Zt. mit ... % verzinst“ ist insoweit der **AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle** unterworfen, soweit sie die **Variabilität der Verzinsung** ausgestaltet. Nach der Auslegung des Senats enthält sie ein Zinsänderungsrecht der Sparkasse, nach dem diese den Zinssatz durch die Änderung eines **Aushangs in ihrem Kassenraum** ändern kann.²⁴

²¹ Urteil vom 06. Oktober 2021 – [XI ZR 234/20](#) – juris; vgl. auch die Urteile vom 24. November 2021 in den Parallelverfahren – [XI ZR 310/20](#) – und – [XI ZR 461/20](#) –.

²² Urteil vom 17. Februar 2004 – [XI ZR 140/03](#) – BGHZ 158, 149, 153 ff.

²³ Urteil vom 13. April 2010 – [XI ZR 197/09](#) – BGHZ 185, 166 Rn. 15.

²⁴ Urteil vom 06. Oktober 2021 – [XI ZR 234/20](#) – juris, Rn. 28.

Die Klausel ist wegen Verstoßes gegen den nach Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB anwendbaren § 308 Nr. 4 BGB in Bezug auf die Ausgestaltung der Variabilität **unwirksam**, da sie nicht das erforderliche **Mindestmaß an Kalkulierbarkeit möglicher Zinsänderungen** aufweist. Denn die Klausel bestimmt bei der gebotenen objektiven Auslegung **keine Voraussetzungen**, die für eine Änderung des variablen Zinssatzes vorliegen müssen, sondern knüpft eine Zinsänderung allein an einen von der Sparkasse vorzunehmenden **Aushang** in deren Kassenraum.²⁵

Die dadurch entstandene Lücke ist nach Ansicht des Senats im Wege **ergänzender Vertragsauslegung** zu schließen. Dabei hat das Gericht die **maßgeblichen Parameter einer Zinsanpassung** festzustellen, die in sachlicher Hinsicht (Bindung des Vertragszinssatzes an einen aussagekräftigen Referenzzinssatz, Festlegung der Anpassungsschwelle) und in zeitlicher Hinsicht (Festlegung des Anpassungsintervalls) dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechen. Es sind präzise Parameter zu wählen, die dem Erfordernis der **Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit von Zinsänderungen** genügen.²⁶

Dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht nach der Beurteilung des Senats bei den im Streit stehenden typischen Sparverträgen („**S-Prämiensparen flexibel**“) nicht ein quartalsweises, sondern ein **monatliches Anpassungsintervall**. Dieses trägt dem monatlichen Rhythmus der zu leistenden Sparraten Rechnung und erscheint dem Senat ferner deshalb sachgerecht, weil der für langfristige Spareinlagen der vorliegenden Art geeignete Referenzzinssatz für vergleichbare Produkte in der von der Deutschen Bundesbank erhobenen Zinsstatistik monatlich veröffentlicht wird.²⁷ Außerdem

²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 29.

²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 41.

²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 57.

führt jede Veränderung des Referenzzinssatzes **ohne Erreichen einer bestimmten Anpassungsschwelle** zu einer Veränderung des Vertragszinnes.²⁸

Bei dem **Referenzzinssatz** muss es sich um einen in **öffentlich zugänglichen Medien** abgebildeten Zinssatz handeln, der von **unabhängigen Stellen** nach einem genau festgelegten Verfahren ermittelt wird und der die Bank nicht einseitig begünstigt. Die in den **Monatsberichten der Deutschen Bundesbank** veröffentlichten Zinssätze genügen diesen Anforderungen. Unter den Bezugsgrößen des Kapitalmarkts ist dabei diejenige oder eine Kombination derjenigen auszuwählen, die dem konkreten Geschäft möglichst nahekommt.²⁹ Nach der Beurteilung des Senats ist es gemäß dem Konzept der Sparverträge der vorliegenden Art allein interessenrecht, einen **Referenzzinssatz für langfristige Spareinlagen** heranzuziehen. Denn die Sparverträge sind angesichts der Ausgestaltung der Prämienstaffel, die eine Erhöhung der Prämie bis zum 15. Sparjahr auf 50% der jährlichen Spareinlage vorsieht, auf ein **langfristiges Sparen bis zum Ablauf des 15. Sparjahres** ausgerichtet.³⁰

Wie der Senat weiter annimmt, hätten die Parteien eines Sparvertrags mit den typischen Merkmalen die **Beibehaltung des anfänglichen relativen Abstands** des Vertragszinssatzes zum Referenzzinssatz über die gesamte Vertragslaufzeit vereinbart (sog. Verhältnismethode im Gegensatz zur Differenzmethode). Nur eine solche Auslegung gewährleistet nach Ansicht des Senats, dass das Grundgefüge der Vertragskonditionen über die gesamte Laufzeit der Sparverträge erhalten bleibt, mithin dass bei **sinkenden Marktzinsen** ein günstiger variabler Zinssatz auch günstig bleibt. Insbesondere

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 59.

²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 84.

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 85.

verwirft der Senat einen absolut gleichbleibenden Abstand zum Referenzzinssatz, da dieser bei sinkenden Zinsen nicht nur zu einer im Verhältnis zum Vertragszinssatz überzogenen Marge führen kann, sondern auch die Gefahr einer **negativen Verzinsung** des angesparten Kapitals birgt.³¹

Die Ansprüche der Verbraucher auf das **Sparguthaben einschließlich der weiteren Zinsbeträge** werden frühestens ab dem Zeitpunkt der **Beendigung der Sparverträge fällig**.³² Den Regelungen zum S-Prämien sparen entnimmt der Senat, dass der Kunde erst mit der Beendigung des Sparvertrags die Auszahlung des Sparguthabens einschließlich der zum Ende eines jeden Geschäftsjahres gutgeschriebenen kapitalisierten Zinsen verlangen kann. Erst zu diesem Zeitpunkt wird daher nach Auffassung des Senats der aus dem Sparguthaben und den Zinsen bestehende Anspruch des Kunden auf Zahlung fällig (§ 271 Abs. 2 BGB), was Voraussetzung für die Ingangsetzung des **Verjährungslaufs** ist. Das gilt auch für die Ansprüche der Kunden auf **weitere Zinsbeträge** aus den Sparverträgen, die die Sparkasse den Kunden **bislang nicht gutgeschrieben** hat.³³ Die Möglichkeit des Kunden, vor Beendigung des Sparvertrags eine **Gutschrift von weiteren Zinsbeträgen einzuklagen**, bewirkt nach der Beurteilung des Senats keine Vorverlagerung der Fälligkeit des Anspruchs auf Auszahlung der weiteren Zinsbeträge.³⁴

Dies führte zur teilweisen Aufhebung der vom Oberlandesgericht im **Musterfeststellungsverfahren der Verbraucherzentrale nach § 606 ZPO** getroffenen Feststellungen und zur Zurückverweisung. Das Oberlandesgericht hat nun mit sachverständiger Hilfe im Wege der ergänzenden

³¹ a.a.O. – juris, Rn. 96.

³² a.a.O. – juris, Rn. 64 ff.

³³ a.a.O. – juris, Rn. 65.

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 67.

Vertragsauslegung einen Referenzzinssatz gemäß den Maßgaben des Senats zu bestimmen.

2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

a)

Die Vorschriften der §§ 491 ff. BGB finden auf einen **Schuldbeitritt zu einem Darlehensvertrag** entsprechende Anwendung. Bei dem Schuldbeitritt eines Verbrauchers besteht ein **Widerrufsrecht** nach § 495 Abs. 1 BGB nicht, wenn ein solches für den **gesicherten Darlehensvertrag** gemäß § 495 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 504 Abs. 2 Satz 1 BGB **ausgeschlossen** wäre. Das hat der XI. Zivilsenat mit Versäumnisurteil vom 21. September 2021³⁵ entschieden.

Der Schuldbeitritt ist seinem Wesen nach kein Verbraucherdarlehensvertrag, weil der Beitretende selbst **kein Darlehen erlangt**, sondern lediglich die **Mithaftung** für die Verpflichtung des Darlehensnehmers übernimmt. Er ist aber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einem Verbraucherdarlehensvertrag bei wertender Betrachtung **gleichzustellen**, wenn es sich bei dem Vertrag, zu dem der Beitritt erklärt wird, um einen von einem **Unternehmer gewährten Darlehensvertrag** handelt.³⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Darlehensnehmer das Darlehen zu gewerblichen Zwecken aufgenommen hat. Entscheidend ist allein die **Verbrauchereigenschaft des Beitretenden zum Zeitpunkt der Mithaftungserklärung**.³⁷

³⁵ Versäumnisurteil vom 21. September 2021 – [XI ZR 650/20](#) – juris.

³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 11.

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 12.

Wie der Senat nunmehr betont, beruht die entsprechende Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften der §§ 491 ff. BGB darauf, dass bei wertender Betrachtung der **Beitretende ebenso schutzwürdig** ist, als wenn er den Darlehensvertrag selbst abgeschlossen hätte oder im Wege der Vertragsübernahmevereinbarung an die Stelle des ursprünglichen Darlehensnehmers getreten wäre. Aufgrund dessen kann der Schutz des Beitretenden zu einer Verbindlichkeit nicht geringer sein, **aber auch nicht weiter gehen** als der Schutz desjenigen, der eine solche Verbindlichkeit eingeht. Beide genießen Verbraucherschutz nach der Beurteilung des Senats nur in dem Umfang, in dem der Gesetzgeber solchen im Zeitpunkt der Verpflichtung zur Verfügung stellt.³⁸ Ist mithin für den gesicherten Darlehensvertrag ein **Widerrufsrecht** – unabhängig von der fehlenden Verbrauchereigenschaft des Darlehensnehmers – **ausgeschlossen**, besteht ein solches auch für den Schuldbeitritt nicht.³⁹

Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Bestätigt hat der Senat allerdings die **Verbrauchereigenschaft** des Beitretenden, weil seine stille Beteiligung an dem Unternehmen seiner Ehefrau nach der Rechtsprechung des Senats zur privaten Vermögensverwaltung gehört und er damit selbst keine unternehmerische Tätigkeit ausübt.⁴⁰ Dennoch war das Widerrufsrecht nach dem Dafürhalten des Senats entsprechend § 495 Abs. 3 Nr. 3 i.V.m. § 504 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. (nunmehr: § 495 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 504 Abs. 2 Satz 1 BGB) ausgeschlossen. Die Voraussetzungen dieser Ausschlussstatbestände lagen bei dem von der Ehefrau des Beklagten abgeschlossenen **Kontokorrentkreditvertrag** vor, so dass für sie unabhängig von ihrer (fehlenden) Verbrauchereigenschaft **kein Widerrufsrecht** nach § 495 Abs. 1 BGB bestand und auch dem Beklagten für den Fall, dass er **selbst Darlehensnehmer** gewesen wäre,

³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 14.

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 15 f.

⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 12.

ein solches nicht zugestanden hätte.⁴¹ Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, der Beklagte habe seine Haftungserklärung gemäß §§ 495, 355 BGB wirksam widerrufen.

b)

Im Berichtszeitraum hat sich die Rechtsprechung betreffend den **Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen** weiter konsolidiert.

aa)

Soweit es um den Widerruf **grundpfandrechtlich besicherter Immobiliardarlehensverträge** geht, hält der Senat daran fest, dass hierauf die **Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG keine Anwendung** findet.⁴² Für derartige Fälle sieht er auch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 09. September 2021 in der Sache „Volkswagen Bank“⁴³ **nicht als einschlägig** an.⁴⁴

bb)

Gleiches gilt nach seiner Rechtsprechung, wenn der **Darlehensvertrag vor dem 11. Juni 2010 abgeschlossen** ist.⁴⁵ Die tatrichterliche Bewertung eines Verstoßes gegen **Treu und Glauben** richtet daher in einem solchen Fall allein nach **nationalem Recht**. Bei dem Institut der Verwirkung handelt es sich um einen Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung. Für die

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 16.

⁴² Beschlüsse vom 12. Oktober 2021 – [XI ZR 655/20](#) – juris und vom 16. November 2021 – [XI ZR 170/21](#) – juris, jeweils mit Bezug auf Beschlüsse vom 19. März 2019 – [XI ZR 44/18](#) – juris, Rn. 17; vom 31. März 2020 – [XI ZR 581/18](#) – juris und vom 07. Mai 2020 – [XI ZR 581/18](#) – juris, vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019 und I/2020.

⁴³ EuGH, Urteil vom 09. September 2021 – C-33/20 –, WM 2021, 1986 ff.

⁴⁴ Beschlüsse vom 12. Oktober 2021 – [XI ZR 655/20](#) – juris und vom 16. November 2021 – [XI ZR 170/21](#) – juris.

⁴⁵ Beschluss vom 19. Oktober 2021 – [XI ZR 622/20](#) – juris, mit Bezug auf Beschluss vom 09. April 2019 – [XI ZR 454/18](#) – juris, Rn. 6; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

Frage, ob das Handeln des Klägers eine unzulässige Rechtsausübung darstellt und gegen § 242 BGB verstößt, verweist der Senat auf die von ihm hierfür aufgestellten Grundsätze.⁴⁶

cc)

Wie der Senat mit Urteil vom 26. Oktober 2021⁴⁷ klargestellt hat, ergeben sich die **Rechtsfolgen des Widerrufs** eines mit einem (Pkw-) Kaufvertrag verbundenen **Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrags** aus dem **nationalen Recht**, dessen **Auslegung** nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften, der Gesetzgebungsgeschichte und der Systematik der aufeinander bezogenen Normen **eindeutig** ist. Eine andere Auslegung käme daher selbst dann nicht in Betracht, wenn der nationale Gesetzgeber mit seinem Regelungskonzept zulasten des Darlehensnehmers hinter den **Anforderungen der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG** zurückgeblieben wäre.

Der Senat bekräftigt, dass sich die Rechtsfolgen des Widerrufs, insbesondere im Hinblick auf die **Vorleistungspflicht** des Darlehensnehmers bei der **Rückgabe** des finanzierten Fahrzeugs und seine diesbezügliche **Wertsersatzpflicht**, allein aus dem nationalen Recht ergeben.⁴⁸ Eine **richtlinienkonforme Auslegung** verwirft der Senat mit der Erwägung, dass die Auslegung des nationalen Rechts nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften, der Gesetzgebungsgeschichte und der Systematik der aufeinander bezogenen Normen nach seinem Dafürhalten eindeutig ist. Der Grundsatz gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung würde seiner Ansicht nach die **Grenzen des nach innerstaatlicher**

⁴⁶ Beschluss vom 19. Oktober 2021 – [XI ZR 622/20](#) – juris mit Bezug auf Urteil vom 07. November 2017 – [XI ZR 369/16](#) – juris, Rn. 17; Beschluss vom 14. März 2017 – [XI ZR 160/16](#), juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2017.

⁴⁷ Urteil vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 608/20](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 19 mit Bezug auf Urteil vom 27. Oktober 2020 – [XI ZR 498/19](#) – juris, Rn. 22 ff., 29 ff; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

Rechtstradition methodisch Erlaubten überschreiten zu einer unzulässigen Auslegung des nationalen Rechts **contra legem** führen.⁴⁹

Dies führte zur Ablehnung des Antrags auf **Aussetzung des Verfahrens** bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die Vorabentscheidungsersuchen des Einzelrichters des Landgerichts Ravensburg vom 08. Januar 2021⁵⁰ und vom 19. März 2021⁵¹ und zur Zurückweisung der Revision gegen das klageabweisende Urteil.

Allerdings konnte der Senat dem Berufungsgericht nicht in der Beurteilung beitreten, der Widerruf sei unwirksam. Denn die dem Kläger erteilte Widerrufsinformation ist wegen der in ihr enthaltenen Verweisung auf „**alle Pflichtangaben nach § 492 Absatz 2 BGB**“ bei richtlinienkonformer Auslegung im Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrichtlinie **fehlerhaft**.⁵² Die Beklagte kann sich nicht auf die **Gesetzlichkeitsfiktion** des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F. berufen, weil in ihrer Widerrufsinformation entgegen den bei einem mit einem Darlehensvertrag verbundenen Vertrag nach § 358 BGB anwendbaren Gestaltungshinweisen 2 und 6 die beiden zwingend vorgeschriebenen **Unterüberschriften** „Besonderheiten bei weiteren Verträgen“ sowie die nach Gestaltungshinweis 6g zwingend vorgeschriebene Überschrift „Einwendungen bei verbundenen Verträgen“ fehlen. Damit entspricht die Widerrufsinformation nicht dem Muster in Anlage 7 zu Art. 247 § 6 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 EGBGB a.F.⁵³

⁴⁹ Urteil vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 608/20](#) – juris, Rn. 20.

⁵⁰ Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Ravensburg vom 08. Januar 2021 – 2 O 160/20 – und – 2 O 320/20 – juris.

⁵¹ Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Ravensburg vom 19. März 2021 – 2 O 282/19 –, – 2 O 384/19 –, – 2 O 474/20 – und – 2 O 480/20 – juris.

⁵² Urteil vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 608/20](#) – juris, Rn. 10 mit Bezug auf Urteile vom 27. Oktober 2020 – [XI ZR 498/19](#) – juris, Rn. 13 ff. und vom 10. November 2020 – [XI ZR 426/19](#) – juris, Rn. 14 ff. (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt); vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

⁵³ Urteil vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 608/20](#) – juris, Rn. 11 f. mit Bezug auf Urteil vom 10. November 2020 – [XI ZR 426/19](#) – juris, Rn. 19; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

Das Urteil stellte sich dem Senat jedoch aus anderen Gründen als richtig dar. Soweit der Kläger den ihm dem Grunde nach zustehenden Anspruch aus § 358 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB auf **Rückgewähr** der von ihm geleisteten Zins- und Tilgungszahlungen geltend machte, war die Klage nach der Beurteilung des Senats jedenfalls **derzeit unbegründet**, weil der Beklagten insoweit nach § 358 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 357 Abs. 4 Satz 1 BGB gegenüber dem **vorleistungspflichtigen Kläger** ein **Leistungsverweigerungsrecht** zustand, bis sie das **finanzierte Fahrzeug zurückerhalten** hat oder der Kläger den Nachweis erbracht hat, dass er das Fahrzeug abgesandt hat. Soweit der Kläger Zahlung „innerhalb von sieben Tagen nach“ Rückgabe des Fahrzeugs begehrt, setzt dies nach der Rechtsprechung des Senats in entsprechender Anwendung des § 322 Abs. 2 BGB voraus, dass die Beklagte mit der Entgegennahme des Fahrzeugs im **Verzug der Annahme** ist.⁵⁴ Dies ist nach Auffassung des Senats nicht der Fall, weil die bloßen **wörtlichen Angebote** des Klägers seiner Bringschuld nicht genügten.⁵⁵ Damit bleiben zugleich die Anträge auf Feststellung des Annahmeverzugs und Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten ohne Erfolg.⁵⁶

In prozessrechtlicher Hinsicht weist der Senat darauf hin, dass aus der Abweisung des Rückgewähranspruchs als **derzeit unbegründet** lediglich in **Rechtskraft** erwächst, dass der Kläger gegen die Beklagte **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung keinen zur Zahlung fälligen Anspruch** hatte, nicht dagegen, dass die Beklagte einem solchen

⁵⁴ Urteil vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 608/20](#) – juris, Rn. 14 mit Bezug auf Urteil vom 27. Oktober 2020 – [XI ZR 498/19](#) – juris, Rn. 29; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

⁵⁵ Urteil vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 608/20](#) – juris, Rn. 15 mit Bezug auf Urteil vom 27. Oktober 2020 – [XI ZR 498/19](#) – juris, Rn. 22 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020.

⁵⁶ Urteil vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 608/20](#) – juris, Rn. 17 f.

Anspruch nicht **weitere Einreden und Einwendungen** entgegenhalten kann.⁵⁷

dd)

In der Konsequenz des Urteils „**Volkswagen Bank**“ des **Europäischen Gerichtshofs** vom 09. September 2021⁵⁸ hat der XI. Zivilsenat dem Gerichtshof mit Beschluss vom 31. Januar 2022⁵⁹ zur Auslegung der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG folgende **Frage vorgelegt**:

Ist Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2008/48/EG dahin auszulegen, dass es den nationalen Gerichten nicht verwehrt ist, im **Einzelfall bei Vorliegen besonderer, über den bloßen Zeitablauf hinausgehender Umstände** die Berufung des Verbrauchers auf sein wirksam ausgeübtes Widerrufsrecht als **missbräuchlich oder betrügerisch** zu bewerten mit der Folge, dass ihm die vorteilhaften **Rechtsfolgen des Widerrufs versagt** werden können?

Der Gerichtshof hat in der Sache „Volkswagen Bank“ ausgeführt, dass die Bank, die die Angaben des Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie 2008/48/EG nicht ordnungsgemäß erteilt hat, dem Verbraucher **keinen Missbrauch** seines Widerrufsrechts vorwerfen kann, auch wenn zwischen dem Vertragsschluss und dem Widerruf durch den Verbraucher **erhebliche Zeit vergangen** ist.⁶⁰ Nach dem Verständnis des Senats beinhaltet dies keine Aussage dazu, ob es im Einzelfall anders liegen kann, wenn Umstände festgestellt worden sind, die **über den bloßen Zeitablauf hinausgehen** und in ihrer **Gesamtheit** die Annahme tragen, der Verbraucher berufe sich willkürlich auf eine formale Rechtsstellung. Es ist daher nach Ansicht des Senats offen, unter welchen Voraussetzungen angenommen werden kann, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht nicht geltend macht, um die mit der Richtlinie

⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 16.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 09. September 2021 – C33/20 – Volkswagen Bank.

⁵⁹ Beschluss vom 31. Januar 2022 – [XI ZR 113/21](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 68.

2008/48/EG verfolgten Ziele zu verwirklichen, sondern um in den Genuss eines unionsrechtlichen Vorteils zu gelangen, obwohl die entsprechenden Voraussetzungen lediglich **formal erfüllt** sind und ihre **Ziele nicht erreicht** wurden, so dass ihm die Berufung darauf versagt werden kann.⁶¹

Der Senat unterbreitet dem Gerichtshof seine Auffassung, dass nach den Maßgaben des Unionsrechts dem Verbraucher die Berufung auf das von ihm wirksam ausgeübte Widerrufsrecht zu versagen sein kann, wenn **besonders gelagerte objektive und subjektive Umstände**, die über den **bloßen Zeitablauf zwischen Vertragsschluss und Widerruf hinausgehen**, die Annahme des Rechtsmissbrauches tragen.⁶² Ein hierfür relevanter Widerspruch im Verhalten des Verbrauchers kann sich seiner Ansicht nach insbesondere daraus ergeben, dass er sich einerseits auf den Widerruf des Darlehensvertrags beruft, andererseits aber das **Fahrzeug** auch nach seinem wirksam erklärten Widerruf **weiterbenutzt** und dadurch **bewusst und gewollt auf Kosten der finanzierenden Bank im Wert mindert**.⁶³ Besonders nahe liegt dies für den Senat, wenn der Verbraucher bei Vertragsschluss **darauf hingewiesen** worden ist, dass er das finanzierte Fahrzeug im Fall des Widerrufs **zunächst zurückzugeben** hat, um dem Darlehensgeber zu ermöglichen, den ihm zustehenden Wertersatzanspruch zu ermitteln,⁶⁴ oder wenn der **Kreditvertrag** zum Zeitpunkt des Widerrufs bereits **vollständig beendet** ist.⁶⁵

Der Senat legt seine Beurteilung dar, dass nach der **Rechtsprechung des Gerichtshofs** im Unionsrecht der allgemeine Grundsatz gilt, wonach die **betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf Unionsrecht nicht**

⁶¹ a.a.O. – juris, Rn. 69.

⁶² a.a.O. – juris, Rn. 72.

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 73 ff.

⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 74.

⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 75 f.

gestattet ist.⁶⁶ Seine eigene Missbrauchs-Rechtsprechung sieht er auf dem Boden dieser Doktrin.⁶⁷ Das Gebot der **praktischen Wirksamkeit** des Widerrufsrechts steht der Annahme des Rechtsmissbrauchs nach seiner Auffassung nicht entgegenstehen. Da die Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Widerrufsrechts nur **ausnahmsweise** in Betracht kommt, wird der Gewerbetreibende, so der Senat, im Regelfall einen hierauf gestützten Einwand nicht mit Erfolg erheben können, sondern muss mit der Rückabwicklung des Vertrags auch nach erheblicher Zeit rechnen. Die Intention der Richtlinie, den Kreditgeber zu **bestrafen**, wenn er die dort vorgesehenen Informationen nicht erteilt, wird also nach Ansicht des Senats nicht durchgreifend in Frage gestellt.⁶⁸

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

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

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

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 58 ff.

⁶⁷ a.a.O. – juris, Rn. 49 ff, Rn. 73 ff.

⁶⁸ a.a.O. – juris, Rn. 89.

5.

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

a)

In seinem Beschluss vom 08. Juni 2021⁶⁹ hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zur **Darstellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse** im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 VermVerkProspV in der vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung (a.F.) Stellung zu nehmen (hier: **Renditeprognose eines sogenannten Blind-Pools**).

Die Entscheidung befasst sich ferner mit der Angabe von Umständen und Beziehungen, die **Interessenkonflikte des Treuhänders** im Sinne von § 12 Abs. 3 Nr. 5 VermVerkProspV a.F. begründen können.

Nach § 8g Abs. 1 Satz 1 VerkProspG a.F. muss der Verkaufsprospekt alle tatsächlichen und rechtlichen Angaben enthalten, die notwendig sind, um dem Publikum eine **zutreffende Beurteilung des Emittenten und der Vermögensanlage** im Sinne des § 8f Abs. 1 VerkProspG a.F. zu ermöglichen. U.a. muss der Verkaufsprospekt über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die für die Beurteilung der angebotenen Vermögensanlagen notwendig sind, Auskunft geben und **richtig und vollständig** sein. Hierbei sind solche Angaben wesentlich, die ein Anleger „**eher als nicht**“ bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde.⁷⁰ Zu den Umständen, über die der Prospekt ein zutreffendes und vollständiges Bild zu vermitteln hat, gehören auch die für die Anlageentscheidung wesentlichen **Prognosen über die voraussichtliche künftige Entwicklung** des Anlageobjekts.

⁶⁹ Beschluss vom 08. Juni 2021 – [XI ZB 22/19](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung vom 21. September 2021 – [XI ZB 9/20](#) –.

⁷⁰ Beschluss vom 08. Juni 2021 – [XI ZB 22/19](#) – juris, Rn. 34.

Jedoch übernimmt der Prospektherausgeber grundsätzlich keine Gewähr dafür, dass die von ihm prognostizierte Entwicklung tatsächlich eintritt. Die Prognosen im Prospekt müssen durch **Tatsachen gestützt** und **ex ante betrachtet vertretbar** sein.⁷¹

Ausgehend von diesen Maßstäben hat der Senat die Bewertung des Oberlandesgerichts bestätigt, wonach die „Renditeprognose“ auch ohne Berücksichtigung **variabler Einkaufspreisvorteile** auf dem konzeptgemäß bewirtschafteten **Zweitmarkt für Lebensversicherungen** nachvollziehbar ist. Mit der Konzeption des Fonds als so genannter Blind-Pool geht nach Ansicht des Senats einher, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Aufstellung des Prospekts die zu erwerbenden Versicherungspolice noch nicht konkret, sondern nur abstrakt anhand im Prospekt vorgegebener **Investitionskriterien** feststanden. Darauf wird nach seiner Beurteilung im Prospekt mehrfach und unmissverständlich hingewiesen. Daraus folgt für den Senat, dass sich der tatsächliche Wertverlauf einer jeweils zu erwerbenden Versicherungspolice und damit auch der jeweilige Einkaufspreisvorteil, das heißt die Differenz zwischen dem inneren Wert einer Versicherungspolice und dem Ankaufspreis, erst bei Ablauf der betreffenden Versicherungspolice hätten ermitteln lassen und zum Zeitpunkt der Aufstellung des Prospekts jedenfalls ohne entsprechende Vergangenheitswerte oder Erfahrungen des Fondsmanagements **noch nicht näherungsweise zu ermitteln** waren.⁷²

Insgesamt wird in dem Prospekt nach dem Dafürhalten des Senats hinreichend deutlich offengelegt, welche für den prognostizierten wirtschaftlichen Erfolg der Kapitalanlage **maßgeblichen Parameter ex ante ermittelbar** sind und im Wege der Schätzung ermittelt wurden und welche nicht und

⁷¹ a.a.O. – juris, Rn. 40.

⁷² a.a.O. – juris, Rn. 41.

gegebenenfalls auf welcher tatsächlichen Grundlage (Vergangenheitswerte, Erfahrungen des Fondsmanagements, statistische Bewertungen, finanzmathematische Berechnungen) diese Schätzung beruht. Der Einkaufspreisvorteil zählt danach nicht zu den für das Modellportfolio relevanten Parametern.⁷³

Auch der Angriff, die Renditeprognose sei angesichts zu hoch angesetzter Einkaufspreisvorteile **zu optimistisch** und damit fehlerhaft, hatte keinen Erfolg.⁷⁴ Im Prospekt werden weder Angaben zur Höhe von Einkaufspreisvorteilen gemacht noch wird der Eindruck erweckt, dass dazu Vergangenheitswerte oder Erfahrungen des Fondsmanagements vorlägen, die in dem **Modellportfolio** berücksichtigt worden wären. Auf welchen Parametern das Modellportfolio stattdessen beruht, wird im Prospekt erläutert. Nach Ansicht des Senats hätte es daher zunächst am Kläger gelegen, sich zu den dort genannten **Berechnungsansätzen einzulassen**, anstatt eine eigene, womöglich ebenso vertretbare Berechnung anzustellen.⁷⁵

Gemäß § 12 Abs. 3 Nr. 5 VermVerkProspV a.F. (nunmehr § 12 Abs. 5 Nr. 5 VermVerkProspV) muss der Prospekt Angaben über Umstände oder Beziehungen enthalten, die **Interessenkonflikte des Treuhänders** begründen können. Dazu gehören auch **personelle Verflechtungen** zwischen dem Treuhandkommanditisten und der Geschäftsführung der Fondsgesellschaft.⁷⁶

⁷³ a.a.O. – juris, Rn. 44.

⁷⁴ a.a.O. – juris, Rn. 46 ff.

⁷⁵ a.a.O. – juris, Rn. 51.

⁷⁶ a.a.O. – juris, Rn. 58 f.

Der Senat hat es insoweit als ausreichend angesehen, dass im Prospekt darauf hingewiesen wird, dass es sich bei der Treuhand- und Gründungskommanditistin um die „**100-prozentige Tochtergesellschaft**“ der Fondsgeschäftsführerin handelt und an anderer Stelle gesagt wurde, dass sich aus diesen Beteiligungsverhältnissen für die Treuhand- und Gründungskommanditistin „**grundsätzlich Interessenkonflikte ergeben**“ können.⁷⁷ Worin der beherrschende Einfluss im Rechtssinne besteht, bedarf nach Ansicht des Senats keiner abstrakten Erläuterung. Er hat es deshalb als unschädlich angesehen, dass im Prospekt insoweit nur auf die Beherrschung der Treuhand- und Gründungskommanditistin aufgrund ihrer Stellung als sogenannte **Einmann-GmbH** abgestellt wird, während der **Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag** nicht erwähnt wird. Der Senat stellt darauf ab, dass es der 100-prozentigen Muttergesellschaft unabhängig von dem Bestehen eines Beherrschungsvertrags gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG gestattet ist, durch einen in der Gesellschafterversammlung der Einmann-GmbH zu fassenden Beschluss deren Geschäftsführung **Weisungen zu erteilen**, ohne dabei einem aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht resultierenden Verbot nachteiliger Einflussnahme zu unterliegen.⁷⁸

Schließlich hat der Senat den Hinweis weder unter dem Blickwinkel beanstandet, dass es zu Interessenkonflikten „**grundsätzlich**“ kommen kann,⁷⁹ noch, dass nur **allgemein auf „Interessenkonflikte“** hingewiesen wird. Die denkbaren Interessenkonflikte müssen nach Ansicht des Senats nicht im Einzelnen dargestellt werden.⁸⁰

⁷⁷ a.a.O. – juris, Rn. 61.

⁷⁸ a.a.O. – juris, Rn. 62 f.

⁷⁹ a.a.O. – juris, Rn. 71.

⁸⁰ a.a.O. – juris, Rn. 72 f.

Die Rechtsbeschwerde des Musterklägers blieb danach ohne Erfolg. Der Senat hat mit dem Oberlandesgericht sämtliche geltend gemachten **Prospektfehler verneint** und davon abgeleitete Feststellungsziele als **gegenstandslos** angesehen.

b)

Nach einem Urteil des II. Zivilsenats vom 20. Juli 2021⁸¹ wird durch eine Handlung, die eine **Handlungspflicht eines Anderen** (hier: Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft) erst **begründet**, regelmäßig nicht schon ihre **Verletzung gefördert**.

Die Beklagte lieferte einem Autohersteller ab dem Jahr 2008 für eine neue Baureihe von **TDI-Dieselmotoren** eine **Software**, die erkannte, ob sich das Fahrzeug in einem **Prüfzyklus zur Ermittlung von Emissionswerten** befindet. Durch eine entsprechende Programmierung der Software schaltete das Steuerungssystem auf dem Prüfstand in einen Modus, der eine höhere Abgasrückführungsrate und damit einen gegenüber dem Normalbetrieb geringeren Ausstoß an Stickoxiden bewirkte. Erstmals am 22. und 23. September 2015 informierte der Autohersteller durch **Ad-Hoc-Meldungen** den Kapitalmarkt über die Verwendung der Software. Die Kläger, die davor Aktien des Autoherstellers erworben und verkauft hatten, legen der Beklagten zur Last, **durch die Softwarelieferung Beihilfe** zur ihrer Ansicht nach nicht rechtzeitigen Information des Kapitalmarkts über die Verwendung der Abschaltvorrichtung geleistet und sie dadurch geschädigt zu haben.⁸²

⁸¹ Urteil vom 20. Juli 2021 – [II ZR 152/20](#) – juris; vgl. auch die Urteile in den Parallelverfahren – [II ZR 157/20](#) –, – [II ZR 227/20](#) bis [II ZR 231/20](#) –, – [II ZR 233/20](#) und [II ZR 234/20](#) – vom gleichen Tag.

⁸² Urteil vom 20. Juli 2021 – [II ZR 152/20](#) – juris, Rn. 1 ff.

Nach der Beurteilung des Senats hat die Beklagte aus Rechtsgründen zur unrichtigen oder **nicht rechtzeitigen Unterrichtung potentieller Anleger** und gegenwärtiger Aktionäre durch den Autohersteller **keine Hilfe** geleistet.⁸³ Nach Ansicht des Senats lässt sich die Lieferung der Motorsteuerungssoftware nach natürlichem Sprachgebrauch unter keinem denkbaren Wortverständnis als **Erleichterung oder Förderung** der dem Autohersteller angelasteten **Kapitalmarktdelikte** begreifen.⁸⁴ Er stellt darauf ab, dass die Softwarelieferung überhaupt erst die **Pflicht des Autoherstellers mitbegründet** haben kann, den Kapitalmarkt über die spätere Verwendung der Software in ihren Dieselfahrzeugen zu **informieren**. Durch eine Handlung, die eine **Handlungspflicht eines Anderen erst begründet**, wird aber regelmäßig – und so nach Ansicht des Senats auch im Streitfall – nicht zugleich ihre Verletzung gefördert. Denn andernfalls erschöpfte sich die Förderung der Pflichtverletzung darin, dass die Pflicht **nicht hinweggedacht** werden kann, ohne dass ihre Verletzung entfielen. Dadurch würde das für die Beihilfe konstitutive Merkmal der **Erleichterung oder Förderung einer fremden Haupttat** nach dem Dafürhalten des Senats seines strafbarkeitsbegründenden Sinns entleert.⁸⁵

Der Senat hebt hervor, dass aufgrund des Gleichlaufs von § 830 Abs. 2 BGB und § 27 StGB der mögliche **Wortsinn** des Begriffs der Hilfeleistung auch im Deliktsrecht die **Grenze** dessen markiert, was unter ihn gefasst werden kann.⁸⁶ Der Senat sieht auch aus Gründen des Rechtsgüterschutzes kein Bedürfnis für ein die Grenzen des möglichen Wortsinns auslotendes Verständnis des Begriffs der Hilfeleistung. Der Schutz der potentiellen Anleger und Aktionäre vor der unrichtigen Darstellung der Verhältnisse der

⁸³ a.a.O. – juris, Rn. 10 ff.

⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 13.

⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 14.

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 16.

Gesellschaft wird nach Ansicht des Senats **nicht schon durch die Softwarelieferung**, sondern erst durch die nicht rechtzeitige Unterrichtung über ihre Verwendung zur Abgassteuerung der Dieselmotoren beeinträchtigt.⁸⁷ Die **Verwendung der Software** durch den Autohersteller ist nach der Beurteilung des Senats auch **keine Vorbereitung** der nicht rechtzeitigen Information potentieller Anleger oder gegenwärtiger Aktionäre darüber und die unrichtige Darstellung der gesellschaftlichen Verhältnisse wird durch die Lieferung der Motorsteuerungssoftware auch nicht erleichtert.⁸⁸

Schließlich verneint der Senat eine **Beihilfe** der Beklagten zu einer **sittenwidrigen Schädigung** der potentiellen Anleger und Aktionäre. Der Senat sieht dies als eine bloß mittelbare Schädigung an, bei der es darauf ankommt, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch **in Bezug auf die Schäden desjenigen** trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht. Der Senat stellt insoweit darauf ab, dass die Beklagte als Zulieferin hinsichtlich der potentiellen Anleger und Aktionäre des Autoherstellers **keine besondere Unterlassungspflicht** traf, deren Verletzung das Sittenwidrigkeitsverdikt tragen könnte. Auf einen Beitrag der Beklagten zur sittenwidrigen Schädigung der **Erwerber der Dieselfahrzeuge** durch den Autohersteller kann nach Ansicht des Senats nicht abgestellt werden. Dass die Beklagte möglicherweise auch eine Schädigung der potentiellen Anleger und der Aktionäre **für möglich hielt**, genügt nach der Beurteilung des Senats nicht, um sie als sittenwidrig zu bewerten.⁸⁹

Dies führte zur Bestätigung des klageabweisenden Berufungsurteils.

⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 17.

⁸⁸ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁸⁹ a.a.O. – juris, Rn. 20.

c)

Wird ein **deliktischer Schadensersatzanspruch** auf eine **rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung** wegen Beihilfe zum Betrug gestützt, trifft den Anspruchsgegner eine **gesteigerte Erwidernngslast**, in deren Rahmen er **konkrete Umstände** für die von ihm behauptete Unwahrheit seines im Strafverfahren abgelegten **Geständnisses** darlegen muss. Hat er insoweit substantiiert vorgetragen, obliegt dem Anspruchsteller der **Beweis der Richtigkeit** des Geständnisses. Das hat der III. Zivilsenat mit Urteil vom 26. August 2021⁹⁰ entschieden.

Ein im Strafverfahren abgelegtes **Geständnis** entfaltet im Zivilprozess nicht die Wirkungen der §§ 288, 290 ZPO, sondern ist lediglich im Rahmen der **freien Beweiswürdigung** nach § 286 ZPO als **Indiz für die Wahrheit der zugestandenen Tatsachen** zu berücksichtigen. Dabei kann es nur im Einzelfall eine so große Beweiskraft entfalten, dass es zur richterlichen Überzeugungsbildung selbst dann ausreicht, wenn es widerrufen worden ist und die beweisbelastete Gegenpartei keine weiteren Beweismittel vorgebracht hat. Unvereinbar mit diesen Rechtsprechungsgrundsätzen ist es aber, strafgerichtlichen Feststellungen in der Regel zu folgen, sofern nicht gewichtige Gründe für deren Unrichtigkeit von den Parteien vorgebracht werden und dem Beklagten für seine Behauptung, ein im Strafprozess abgelegtes und im folgenden Zivilverfahren widerrufenes Geständnis entspreche nicht der Wahrheit, die **Darlegungs- und Beweislast** aufzubürden.⁹¹

⁹⁰ Urteil vom 26. August 2021 – [III ZR 189/19](#) – juris.

⁹¹ a.a.O. – juris, Rn. 11.

Allerdings erhöht es nach allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozesses die **(sekundäre) Darlegungslast** des Beklagten, wenn der Kläger seinen Anspruch durch Vorlage eines ausführlich begründeten rechtskräftigen Strafurteils schlüssig dargetan hat. Deshalb muss der Beklagte, wenn der darlegungs- und beweisbelastete Kläger zum **Gehilfenvorsatz** unter Bezugnahme auf das Strafurteil und die im Strafprozess abgegebenen Einlassungen sowie durch weiteren Sachvortrag schlüssig vorgetragen hat, wegen seiner **gesteigerten Erwiderungslast** nicht nur auf die vom Gegner vorgebrachten Indizien und auf die Umstände eingehen, auf denen die Beweiswürdigung des Strafurteils zur subjektiven Tatseite beruhte, sondern auch auf seine – für den Beweiswert der widerrufenen Erklärungen bedeutsamen – **Beweggründe zur Abgabe einer angeblich unrichtigen Einlassung im Strafprozess**.⁹²

Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, der Beklagte habe sich gegen den im Strafurteil festgestellten **doppelten Gehilfenvorsatz** zum Kapitalanlagebetrug des Haupttäters nicht hinreichend substantiiert verteidigt. Der Senat hat demgegenüber angenommen, der Beklagte habe die Richtigkeit seiner Erklärungen gegenüber der Strafkammer und damit den auf das Strafurteil und diese Einlassungen gestützten Vortrag des Klägers **ausreichend bestritten**, er habe **vom betrügerischen Charakter des Geschäftsmodells gewusst**.⁹³ Der Senat stellt darauf ab, dass der Beklagte im Zivilverfahren u.a. geltend gemacht hat, er habe die als Geständnis bewertete Einlassung im Strafverfahren auf Rat seines Verteidigers und den der Strafkammer zur Entkräftung des **Anklagevorwurfs der Mittäterschaft** nur deshalb abgegeben, um aus der **Untersuchungshaft**

⁹² a.a.O. – juris, Rn. 12 f.

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 15.

entlassen zu werden, die für ihn wegen seiner angeschlagenen Gesundheit und des Niedergangs seiner eigenen Geschäfte in seiner Abwesenheit besonders belastend gewesen sei. Seine **Mitgefangenen könnten bezeugen**, wie sehr er damit gehadert habe, eine nicht der Wahrheit entsprechende Einlassung abzugeben.⁹⁴

Damit hat er die Richtigkeit seiner im Strafprozess als geständnisgleich gewürdigten Einlassungen nach der Beurteilung des Senats **mit schlüssigen Argumenten** in Frage gestellt.⁹⁵ Nunmehr ist es Sache des Klägers, deren Richtigkeit zu beweisen, indem er die **Behauptungen des Beklagten zu deren Zustandekommen widerlegt**.⁹⁶

In **objektiver Hinsicht** liegen dem Beklagten, wie der Senat betont, (lediglich) **berufstypische, für sich genommen „neutrale“ Handlungen** zur Last (Unterstützung bei der Anschubfinanzierung des Investments, Nutzungsüberlassung von Büroräumen und Computer u.ä), die nur dann als strafbare Beihilfe anzusehen sind, wenn der Hilfeleistende weiß, dass das von ihm geförderte Verhalten des Haupttäters ausschließlich auf die **Begehung einer Straftat abzielt**.⁹⁷ Dem muss das Berufungsgericht im wiedereröffneten Verfahren durch Beweisaufnahme nachgehen.

d)

In seinem Urteil vom 26. Oktober 2021⁹⁸ hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, sich mit den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs des Anlegers gegen den **Darlehensgeber** gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2,

⁹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 14.

⁹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 16.

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 19.

⁹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁹⁸ Urteil vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 209/19](#) – juris; vgl. auch die Urteile in den Verfahren – [XI ZR 210/19](#) –, – [XI ZR 214/19](#) –, – [XI ZR 216/19](#) –, – [XI ZR 217/19](#) – und – [XI ZR 218/19](#) – vom gleichen Tag.

§ 280 Abs. 1 BGB in der Fallgruppe des **Überschreitens der Kreditgeberrolle** zu befassen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine kreditgebende Bank, die mit dem Darlehensnehmer keinen Beratungsvertrag geschlossen hat, nicht verpflichtet, letzteren über die Risiken des finanzierten Geschäfts aufzuklären. Nur ausnahmsweise können sich **Aufklärungs- und Hinweispflichten** aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben, wenn etwa die Bank über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht.⁹⁹ Diese Rechtsprechung wendet der Senat auch auf den im Streitfall als Kreditgeber in Anspruch genommenen **Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit** an.¹⁰⁰

Eine Aufklärungspflicht des Darlehensgebers wegen Überschreitung der Kreditgeberrolle setzt voraus, dass er im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Objekts gleichsam als Partei des zu finanzierenden Geschäfts in **nach außen erkennbarer Weise** Funktionen oder **Aufgaben des Veräußerers oder Vertreibers übernommen** und damit einen zusätzlichen, auf die übernommenen Funktionen bezogenen **Vertrauenstatbestand** geschaffen hat.¹⁰¹ Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Darlehensgeber nach außen erkennbar Einfluss auf die **unternehmerische Planung** oder auf die **Werbung** genommen oder jedenfalls den zurechenbaren Anschein einer weitergehenden Zusammenarbeit mit den Initiatoren des Anlageobjekts erweckt hat oder wenn er die zu finanzierende Kapitalanlage befürwortet und dadurch beim Anleger den Eindruck erweckt hat, die Anlage mit der **üblichen Sorgfalt einer Bank** oder hier eines Versicherers und **mit positivem Ergebnis geprüft** zu haben.¹⁰²

⁹⁹ Urteil vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 209/19](#) – juris, Rn. 23.

¹⁰⁰ a.a.O. – juris, Rn. 24.

¹⁰¹ a.a.O. – juris, Rn. 26.

¹⁰² a.a.O. – juris, Rn. 27.

Der Streitfall gab dem Senat Veranlassung, noch einmal besonders hervorzuheben, dass eine vorvertragliche Aufklärungspflicht wegen Überschreitens der Kreditgeberrolle voraussetzt, dass das betreffende Verhalten des Darlehensgebers **nach außen in Erscheinung getreten** ist. Das bedingt, dass der sich auf die Aufklärungspflichtverletzung berufende Darlehensnehmer **Kenntnis** von dem betreffenden Verhalten hatte. Das Bestehen von Aufklärungspflichten bei Überschreitung der Rolle als Kreditgeber findet seine Rechtfertigung darin, dass der Kreditgeber einen zusätzlichen, auf die übernommenen Funktionen bezogenen Vertrauenstatbestand gesetzt hat. Ein solches Vertrauen kann aber nur derjenige bilden, der von diesem Vertrauenstatbestand Kenntnis hat.¹⁰³

Das Berufungsurteil konnte danach keinen Bestand haben. Revisionsrechtlich gebilligt hat der Senat allerdings, dass das Berufungsgericht aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls davon ausgegangen ist, dass die Beklagte mit ihrer Mitwirkung an dem „**2. Power Day**“ und den von ihrem Filialdirektor und ihrem Finanzvorstand dort getätigten Äußerungen ihre **Kreditgeberrolle überschritten** hat, indem sie dadurch gegenüber den anwesenden Teilnehmern der Veranstaltung und damit nach außen erkennbar durch Ausnutzung des speziell in sie als Versicherer gesetzten Vertrauens **Einfluss auf die Werbung für die Investition in den Solarpark genommen** und den **Eindruck einer Beteiligung an Konzept und Konzeptentwicklung erweckt** hat.¹⁰⁴

Als rechtsfehlerhaft beanstandet hat der Senat aber die Annahme des Berufungsgerichts, es **komme nicht darauf an**, ob der Kläger vom Auftritt der Mitarbeiter der Beklagten auf dem „2. Power Day“ **konkret Kenntnis**

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 30.

¹⁰⁴ a.a.O. – juris, Rn. 28.

erlangt habe oder nicht.¹⁰⁵ Dies muss nun im wiedereröffneten Berufungsverfahren durch **Beweisaufnahme** aufgeklärt werden. Das Berufungsgericht hatte – nach der Beurteilung des Senats ebenfalls rechtsfehlerhaft – zu einer etwaigen Kenntnis des Klägers keinen Beweis erhoben und auch nicht die Angaben des in erster Instanz angehörten Klägers und der vernommenen Zeugen oder die vom Landgericht durch Verwertung von Vernehmungsprotokollen aus Parallelverfahren in den Prozess eingeführten Aussagen berücksichtigt. Es hat vielmehr unabhängig von den Umständen des konkreten Falles allein aufgrund der **Lebenserfahrung** angenommen, das Auftreten der Beklagten bei dem „2. Power Day“ sei von „den Vermittlern gegenüber den Anlegern“ und damit auch gegenüber dem Kläger tatsächlich als **Verkaufsargument** eingesetzt worden. Eine solche Annahme entbehrt nach dem Dafürhalten des Senats **jeder tatsächlichen Grundlage**.¹⁰⁶

e)

In einem mit Beschluss vom 28. Oktober 2021¹⁰⁷ abgeschlossenen Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren hat es der III. Zivilsenat als geklärt angesehen, dass die Beklagte keine – zumal drittschützenden – **Amtspflichten** verletzt hat. Das **Containerinvestment** des Klägers ist nach der Beurteilung des Senats **kein Einlagengeschäft**, und zwar weder im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 KWG noch im Sinne von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen. Auf den von der Beschwerde als vorlageverpflichtend angesehenen Umstand, dass § 1

¹⁰⁵ a.a.O. – juris, Rn. 29.

¹⁰⁶ a.a.O. – juris, Rn. 32.

¹⁰⁷ Beschluss vom 28. Oktober 2021 – [III ZR 186/20](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 KWG eine in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2013/36/EU jedenfalls nicht ausdrücklich vorgesehene **Beschränkung auf unbedingt rückzahlbare Gelder** enthält, kommt es nicht an, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein – auch kein bedingter – Rückzahlungsanspruch bestand. Die weitere Frage, ob rückzahlbare Gelder im Sinne der Richtlinie auch dann vorliegen, wenn zwar kein vertraglicher Rückzahlungsanspruch besteht, der Anleger aber gleichwohl mit der als sicher dargestellten **Erwartung der Rückzahlung geworben** wurde, stellte sich nach Ansicht des Senats ebenfalls nicht. Denn das Berufungsgericht hatte nach seinem Dafürhalten ohne zulassungsrelevanten Rechtsfehler angenommen, dass dem Kläger nicht zugesagt wurde, die Container würden zu einem bestimmten (Mindest-)Preis zurückgekauft. Weder dem Verkaufsprospekt noch den weiteren vom Kläger vorgelegten Unterlagen habet sich entnehmen lassen, dass er mit dem Versprechen einer nicht nur prognostizierten, sondern **als sicher zu erwartenden Rückzahlung in Höhe des Anlagebetrages geworben** worden wäre.¹⁰⁸

Dies führte zur Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV hielt der Senat für nicht notwendig.¹⁰⁹

f)

§ 31 Abs. 1 Satz 1 WpÜG vermittelt nur den **Aktionären der Zielgesellschaft**, die das **öffentliche Angebot annehmen**, einen Anspruch auf eine **angemessene Gegenleistung**.

¹⁰⁸ a.a.O. – juris, Rn. 2.

¹⁰⁹ a.a.O. – juris, Rn. 1.

Die Pflicht zum Angebot einer angemessenen Gegenleistung begründet **keine vorvertragliche Nebenpflicht** des Bieters gegenüber den Aktionären der Zielgesellschaft.

§ 31 Abs. 1 Satz 1 WpÜG ist **kein Schutzgesetz** im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

Das hat der II. Zivilsenat in seinem Urteil vom 23. November 2021¹¹⁰ entschieden.

Wird ein öffentliches Übernahmeangebot veröffentlicht, steht Aktionären der Zielgesellschaft, die das Angebot angenommen haben, ein zivilrechtlich durchsetzbarer Anspruch auf Zahlung des **Differenzbetrags** zwischen der **angebotenen und der angemessenen Gegenleistung** zu. Die im Schrifttum umstrittene Frage, ob § 31 Abs. 1 Satz 1 AktG den Aktionären der Zielgesellschaft **unabhängig von der Annahme** des öffentlichen Angebots einen Anspruch auf eine angemessene Gegenleistung vermittelt, **verneint** der Senat nunmehr.¹¹¹ Die **Systematik** des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz¹¹² spricht nach Ansicht des Senats ebenso dagegen wie Hinweise in den **Gesetzesmaterialien**.¹¹³ Schließlich beleuchtet der Senat die **Interessenlage der Beteiligten**. Er hält es für zumutbar, dass die Aktionäre der Zielgesellschaft nach seiner Lösung das **Risiko** in Kauf nehmen müssen, ihre Aktien möglicherweise nur zum **Angebotspreis** zu veräußern.¹¹⁴ Andernfalls wäre der Bieter durch die Veröffentlichung des Angebots auf zunächst **unabsehbare Zeit** und verschuldensunabhängig zur Übernahme

¹¹⁰ Urteil vom 23. November 2021 – [II ZR 312/19](#) – juris; vgl. auch das Urteil im Parallelverfahren – [II ZR 315/19](#) – vom gleichen Tag.

¹¹¹ Urteil vom 23. November 2021 – [II ZR 312/19](#) – juris, Rn. 21 ff.

¹¹² a.a.O. – juris, Rn. 23.

¹¹³ a.a.O. – juris, Rn. 26.

¹¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 27.

der Aktien der Zielgesellschaft zu dem nach den Mindestpreisbestimmungen maßgeblichen Preis verpflichtet. Hierdurch würden nach Auffassung des Senats die **Transaktionssicherheit** für den Bieter, vor allem aber andere in § 3 Abs. 4 und 5 WpÜG zum Ausdruck kommende allgemeine Grundsätze beeinträchtigt, nach denen das **Übernahmeverfahren rasch**, ohne eine über einen angemessenen Zeitraum hinausgehende **Behinderung der Geschäftstätigkeit der Zielgesellschaft** und ohne **Marktverzerrungen** beim Handel mit Wertpapieren der Beteiligten durchzuführen ist. Für die Aktionäre der Zielgesellschaft würden entgegen dieser Zielsetzung Anreize geschaffen, das im Grundsatz nach § 16 Abs. 1 Satz 1 WpÜG unter eine Annahmefrist von höchstens zehn Wochen gestellte Angebot zunächst nicht anzunehmen. Zumindest unter dem Gesichtspunkt einer zeitlich nicht begrenzten Möglichkeit zur Verfolgung des Anspruchs auf eine angemessene Gegenleistung bekämen die Aktionäre, die das Angebot nicht annehmen, nicht schutzwürdige **Arbitragemöglichkeiten**, die geeignet wären, Marktverzerrungen im Handel mit den Wertpapieren der Beteiligten zu verursachen.¹¹⁵

Die **Pflicht zum Angebot einer angemessenen Gegenleistung** gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 WpÜG begründet **keine vorvertragliche Nebenpflicht** des Bieters gegenüber den Aktionären der Zielgesellschaft gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB. Die den Bieter nach den Wertungen des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes treffenden Rücksichtspflichten sind nur auf die **Information der Aktionäre** über die für die Beurteilung der Angemessenheit der Gegenleistung **maßgeblichen Umstände** gerichtet.¹¹⁶ Dem Bieter ist es nach dem Dafürhalten des Senats nicht zumutbar, gegenüber den Aktionären der Zielgesellschaft bereits nach Veröffentli-

¹¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 28.

¹¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 34 ff.

chung der Angebotsunterlage das aus rechtlichen oder tatsächlichen Unsicherheiten folgende **Risiko einer zutreffenden Bemessung der Gegenleistung** unabhängig von einem späteren Vertragsschluss zu tragen. Eine Verletzung einer solchen Pflicht hätte zur Folge, dass der Bieter die Aktionäre der Zielgesellschaft jeweils so stellen müsste, als wäre eine angemessene Gegenleistung angeboten worden. Eine regelmäßig auf das **Erfüllungsinteresse** gerichtete Haftung des Bieters im Stadium der Vertragsanbahnung würde nach Ansicht des Senats die Transaktionsrisiken erhöhen und die Planbarkeit des Übernahmeverfahrens erschweren.¹¹⁷ Die **Übernahmerichtlinie** gebietet nach der Beurteilung des Senats keine abweichende Auslegung.¹¹⁸

Wie der Senat weiter ausgesprochen hat, ist § 31 Abs. 1 Satz 1 WpÜG **kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB**. Das mit einem Kontrollerwerb verbundene Interesse der anderen Aktionäre wird im Regelungszusammenhang des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes dadurch gewahrt, dass der Bieter, der trotz Kontrollerwerb **kein Pflichtangebot** unterbreitet, seine Rechte aus den Aktien nach § 59 Satz 1 WpÜG **nicht ausüben kann** und der Aktionär im Falle eines Angebots **mit dessen Annahme** einen zivilrechtlich durchsetzbaren Anspruch auf eine **angemessene Gegenleistung** erhält. Dieser Regelungszusammenhang markiert nach Auffassung des Senats zugleich die **Grenzen** des vom Gesetz bezweckten Vermögensschutzes der Aktionäre der Zielgesellschaft und würde durch einen deliktischen Anspruch außerhalb einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung im Sinne von § 826 BGB unterlaufen.¹¹⁹

¹¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 37.

¹¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 38 ff.

¹¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 52.

Dies führte zur Bestätigung des Berufungsurteils. Das Berufungsgericht hatte ebenfalls einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB wegen des Übernahmeangebots zu einer geringeren als der angemessenen Gegenleistung verneint. Die Klägerinnen hatten geltend gemacht, bei Angebot einer angemessenen Gegenleistung hätten sie das Übernahmeangebot angenommen. Der Senat hat auch die Argumentation des Berufungsgerichts gebilligt, dass eine unzureichende Information in der Angebotsunterlage für die Entscheidung, das öffentliche Angebot nicht anzunehmen, **nicht ursächlich** war. Nach Ansicht des Senats erklärt der Bieter allein durch die Angabe der Gegenleistung **nicht stillschweigend**, deren Bestimmung beruhe auf einer **objektiv zutreffenden Anwendung der Mindestpreisvorschriften**.¹²⁰

6.-9.

Factoring/Leasing, Geldwäsche, Bankenaufsicht, Steuerliche Bezüge

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

10.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

a)

Nach einem Beschluss des XI. Zivilsenats vom 06. Juli 2021¹²¹ stehen § 6 Abs. 1 Satz 2 KapMuG und § 15 KapMuG einer Verfahrensweise entgegen,

¹²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 49.

¹²¹ Beschluss vom 06. Juli 2021 – [XI ZB 27/19](#) – juris.

bei der der **Vorlagebeschluss** durch einen **Beschluss des Oberlandesgerichts ersetzt** wird, der von da ab **alleinige Entscheidungsgrundlage** des Musterverfahrens ist.

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz sieht die Möglichkeit einer **Ersetzung eines zu unbestimmt gefassten Vorlagebeschlusses** nicht vor. Eine solche Befugnis widerspräche nach der Beurteilung des Senats dem Sinn und Zweck des Musterverfahrens. Das Musterverfahren bezweckt, die in den Feststellungszielen unterbreiteten Fragen mit **Bindungswirkung für die Prozessgerichte** in allen nach § 8 Abs. 1 KapMuG ausgesetzten Verfahren zu klären. Entsprechend sind nach der Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses anhängige oder bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsziele noch anhängig werdende Verfahren entsprechend § 8 Abs. 1 KapMuG auszusetzen, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von einem im Vorlagebeschluss bezeichneten Feststellungsziel abhängig ist. Dieser Entscheidung werde durch eine nachträgliche Ersetzung des Vorlagebeschlusses in unzulässiger Weise die **Grundlage entzogen**.¹²²

Aus dem Grundsatz, dass die Bindungswirkung des § 6 Abs. 1 Satz 2 KapMuG das Oberlandesgericht nicht hindert, ein zu unbestimmt formuliertes Feststellungsziel nach Hinweis ohne Sachentscheidung **als unzulässig zurückzuweisen**, folgt für den Senat nichts anderes. Vielmehr bestätigt er, dass der Vorlagebeschluss auch dann **Entscheidungsgrundlage** des Musterverfahrens bleibt und über die in ihm formulierten Feststellungsziele auch dann – wenn auch nicht in der Sache, so doch im Sinne einer Zurückweisung der Feststellungsziele als unzulässig – zu entscheiden ist, wenn

¹²² Beschluss vom 06. Juli 2021 – [XI ZB 27/19](#) – juris, Rn. 25 mit Bezug u.a. auf Beschluss vom 17. Dezember 2020 – [II ZB 31/14](#) – juris, Rn. 292; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2021.

sie nach Ansicht des Oberlandesgerichts den Anforderungen der § 11 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht genügen.¹²³

Damit ist der Senat der Verfahrensweise des Oberlandesgerichts entgegengetreten, das den **insgesamt zu unbestimmt gefassten Vorlagebeschluss** des Landgerichts vollständig ersetzt und sich dafür auf eine entsprechende Anwendung des § 15 KapMuG gestützt hatte, der eine **Erweiterung des Musterverfahrens um weitere Feststellungsziele** gestattet. Diese Analogie ist nach Ansicht des Senats nicht tragfähig. Denn die **gesetzlichen Voraussetzungen** für den Erlass des Vorlagebeschlusses und eines Erweiterungsbeschlusses sind unterschiedlich, so dass der Vorlagebeschluss nicht unter Verweis auf Gesichtspunkte der Prozessökonomie durch einen (vermeintlichen) Erweiterungsbeschluss ausgetauscht werden kann. Zudem ist die dem Erlass eines Vorlagebeschlusses vorgelegte Prüfung, ob die Feststellungsziele den **gleichen zugrundeliegenden Lebenssachverhalt** nach § 4 Abs. 1 KapMuG betreffen, ausschließlich Sache des Prozessgerichts. Ebenso obliegt es ausschließlich dem Prozessgericht zu prüfen, ob das für den Vorlagebeschluss erforderliche **Quorum** erreicht ist.¹²⁴

Dies führte auf Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten zur Aufhebung des Musterbescheids, soweit er zu deren Lasten ergangen ist, weil der Beschluss nach Auffassung des Senats **keine wirksame verfahrensrechtliche Grundlage** für die vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen bietet.

¹²³ Beschluss vom 06. Juli 2021 – [XI ZB 27/19](#) – juris, Rn. 26.

¹²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 30 ff.

b)

Der **Verkaufsprospekt** ist **kein Unternehmensdatum**; die **Art und Weise seiner Darstellung** ist **nicht feststellungsfähig**. Dies hat der XI Zivilsenat am 21. September 2021¹²⁵ in einem weiteren Kapitalanleger-Musterverfahren ausgesprochen.

Das Feststellungsziel, der Prospekt einer Immobilienfondsgesellschaft sichere fälschlich zu, „**dass bei der Prospekterstellung der IDW S4-Standard eingehalten**“ worden sei, ist nach Auffassung des Senats darauf gerichtet festzustellen, dass der Prospekt über die **Art und Weise der Darstellung des Fondskonzepts** falsche Angaben mache.¹²⁶ Ein Feststellungsziel dieses Inhalts ist nach dem Dafürhalten des Senats im Musterverfahren **nicht feststellungsfähig**. Denn das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz knüpft die Feststellungsfähigkeit an eine falsche, irreführende oder unterlassene **Kapitalmarktinformation**. Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 Satz 1 KapMuG sind öffentliche Kapitalmarktinformationen Informationen über Tatsachen, Umstände, Kennzahlen und sonstige Unternehmensdaten, die für eine Vielzahl von Kapitalanlegern bestimmt sind und einen Emittenten von Wertpapieren oder einen Anbieter von sonstigen Vermögensanlagen betreffen. Gegenstand eines Schadensersatzanspruchs muss mithin ein **Unternehmensdatum** sein, das entweder falsch oder irreführend mitgeteilt oder obwohl wesentlich verschwiegen worden ist. Der **Prospekt** ist nach der Beurteilung des Senats kein Unternehmensdatum in diesem Sinne, so dass die Art und Weise seiner Darstellung nicht feststellungsfähig ist.¹²⁷

¹²⁵ Beschluss vom 21. September 2021 – [XI ZB 30/19](#) – juris.

¹²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 35.

¹²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 37.

Dies führte zur Bestätigung des Musterentscheids des Oberlandesgerichts. Auch in den anderen Feststellungszielen, die im Rechtsbeschwerdeverfahren behandelt wurden, hat der Senat deren Zurückweisung durch das Oberlandesgericht gebilligt. Nach Ansicht des Senats klärte der Prospekt weder unzureichend darüber auf, eine **fehlende Anschlussvermietung** oder das Fehlen eines Käufers werde zur Versagung einer Anschlussfinanzierung und damit zur **Insolvenz der Fondsgesellschaft** führen, noch darüber, die Realisierung dieses Risikos sei selbst bei prospektgemäßem Verlauf genauso wahrscheinlich wie der prospektierte Verlauf.¹²⁸ Der Prospekt informierte hinreichend über das Risiko eines **teilweisen Kapitalverlusts** bzw. der Insolvenz der Fondsgesellschaft.¹²⁹ In dem Umstand, dass **Verkäufer und Mieter der Fondsimmoblie „demselben Konzern“ angehören**, liegt nach Ansicht des Senats auch keine „Sonderkonstellation“, die nach dem allgemeinen Grundsatz aufklärungspflichtig wäre, demzufolge der Prospekt über alle Umstände unterrichten muss, die für den Anleger „eher als nicht“ von Bedeutung sind.¹³⁰

c)

Eine **ergänzende Vertragsauslegung** (§§ 133, 157 BGB) von Prämien-sparverträgen hinsichtlich der durch die (teilweise) Unwirksamkeit der Zins-änderungsklausel entstandenen Lücke ist auch im Rahmen einer **Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff. ZPO** möglich und geboten. Dabei ist eine **objektiv-generalisierende Sicht auf die typischen Vorstellungen der an Prämien-sparverträgen gleicher Art beteiligten Verkehrskreise** maßgebend. **Individualabreden** (§ 305b BGB) zur variablen Verzinsung sind in den **(ausgesetzten) Individualverfahren** der angemeldeten Ver-

¹²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 27 ff.

¹²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 33 f.

¹³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 39.

braucher zu berücksichtigen, da erst das Gericht, gegenüber dem das Musterfeststellungsurteil Bindungswirkung entfalten soll, beurteilt, ob seine Entscheidung die Feststellungsziele und den Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage **betrifft** (§ 613 Abs. 1 ZPO). Das hat der XI. Zivilsenat in prozessualer Hinsicht in dem schon oben behandelten Urteil vom 06. Oktober 2021¹³¹ entschieden.

Maßgebend für die vorzunehmende ergänzende Vertragsauslegung sind die in den Verträgen mit der Bezeichnung „S-Prämiensparen flexibel“ **typischerweise enthaltenen Bedingungen** („Die Spareinlage wird variabel z.Zt. mit ... % p.a. verzinst“). Formularmäßige Zinsänderungsklauseln dieser Art sind typische, deutschlandweit verbreitete Vereinbarungen, bei deren Unwirksamkeit nach dem Dafürhalten des Senats im Interesse der **Rechtssicherheit** eine **allgemeinverbindliche ergänzende Vertragsauslegung** unabhängig von den Besonderheiten des konkreten Einzelfalls sachlich geboten ist. Aus diesem Grund kommt es im Zusammenhang mit der Frage der ergänzenden Vertragsauslegung im Rahmen einer **Musterfeststellungsklage** nach Ansicht des Senats nicht darauf an, ob bei Sparverträgen zwischen konkreten Vertragsparteien möglicherweise **Individualabreden (§ 305b BGB) zur variablen Verzinsung** getroffen worden sind und ob alle Verbraucher, die ihre Ansprüche nach § 608 ZPO angemeldet haben, **wortgleiche Sparverträge** mit der Musterbeklagten abgeschlossen haben. Für eventuelle Besonderheiten in einzelnen Sparverträgen verweist der Senat auf die nachfolgende Berücksichtigung in den (ausgesetzten) Individualverfahren der angemeldeten Verbraucher. Denn erst das Gericht, gegenüber dem das Musterfeststellungsurteil gemäß § 613 Abs. 1 ZPO Bindungswirkung entfalten soll (und nicht das Oberlandesgericht), unter-

¹³¹ Urteil vom 06. Oktober 2021 – [XI ZR 234/20](#) – juris.

sucht und entscheidet darüber, ob seine Entscheidung die Feststellungsziele und den **Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage** betrifft.¹³²

Der lange **Zeitraum von 13 Jahren** (1993 bis 2006), in dem die Sparverträge abgeschlossen worden sind, und die **Beteiligung unterschiedlicher Rechtsvorgänger** der Musterbeklagten an den Vertragsabschlüssen stellen diese Lösung aus Sicht des Senats nicht in Frage. Denn im Zusammenhang mit der Unwirksamkeit der formularmäßigen Zinsänderungsklausel stellt er für die vorzunehmende Vertragsauslegung nicht auf die konkret-individuelle Vertragssituation ab, sondern auf eine **objektiv-generalisierende Sicht** auf die Vorstellungen der an den **typisierten Sparverträgen beteiligten Verkehrskreise**. Diese Sicht ist unabhängig von den Besonderheiten des konkreten Einzelfalls. Ergebnis der ergänzenden Vertragsauslegung sind dementsprechend Regelungen zur Zinsanpassung **für den standardisierten Vertragstyp „S-Prämien sparen flexibel“** und nicht für einen individuell ausgehandelten Sparvertrag.¹³³

Mit diesen Erwägungen ist der Senat der Auffassung des Oberlandesgerichts entgegengetreten, es könne einen **Referenzzinssatz** deswegen nicht bestimmen, weil im Verfahren über die Musterfeststellungsklage nicht auszuschließen sei, dass **einzelne Sparverträge** aufgrund schriftlicher oder mündlicher Vereinbarungen einen **individuellen Einschlag** hätten. Nach Zurückverweisung wird das Oberlandesgericht mit sachverständiger Hilfe im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung einen Referenzzinssatz gemäß der vom Senat festgestellten Methode (s. oben) zu bestimmen haben.¹³⁴

¹³² a.a.O. – juris, Rn. 43 f.

¹³³ a.a.O. – juris, Rn. 46.

¹³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 81 f., Rn. 118.

Als **unzulässig** hat der Senat das Feststellungsziel angesehen, wonach allein durch die Kenntnis der Höhe der tatsächlich vorgenommenen Zinsgutschrift im Sparbuch **keine grob fahrlässige Unkenntnis** oder Kenntnis der tatsächlichen Grundlagen begründet werde, anhand derer die Höhe des tatsächlich zu kapitalisierenden Zinsbetrages zu ermitteln gewesen sei.¹³⁵ Die Frage, ob ein bestimmter Umstand, wie die Kenntnis von der Höhe der tatsächlich vorgenommenen Zinsgutschriften, geeignet ist, einem Verbraucher Kenntnis oder auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB zu verschaffen, lässt sich nach Auffassung des Senats nur **individuell** abhängig von der Person des Verbrauchers beantworten, da die Aufnahme von Informationen durch einen Verbraucher ein individueller Vorgang ist, der sich **nicht für jeden angemeldeten Verbraucher verallgemeinern** lässt.¹³⁶

Ebenfalls als **nicht verallgemeinerungsfähig** und damit unzulässig hat der Senat das Feststellungsziel angesehen, dass allein die widerspruchslöse Hinnahme der Zinsgutschrift im Sparbuch durch den Verbraucher nicht dazu führe, dass das **Umstandsmoment für die Verwirkung** gegeben sei.¹³⁷ Die Frage, ob ein Umstandsmoment vorliegt, das zusammengenommen mit dem Zeitmoment die Annahme einer **Verwirkung** rechtfertigt, kann nach dem Dafürhalten des Senats nur **individuell in jedem Einzelfall** beantwortet werden. Das folgt für den Senat bereits daraus, dass Zeit- und Umstandsmoment nicht unabhängig voneinander betrachtet werden können, sondern in einer **Wechselwirkung** stehen. Das Feststellungsziel geht jedoch von einer vom Zeitmoment unabhängigen Betrachtung des Umstandsmoments aus, was der Senat zurückweist.¹³⁸

¹³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 109 ff.

¹³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 112.

¹³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 114 f.

¹³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 116.

d)

Allgemeine Ausführungen des vorliegenden Prozessgerichts zum Gegenstand der Ausgangsverfahren sind nicht geeignet, die von diesem mit der Aufnahme eines Feststellungsziels in den Vorlagebeschluss bejahte **Entscheidungserheblichkeit** für das zu Grunde liegende Verfahren und die Bedeutung für andere Rechtsstreitigkeiten **zu widerlegen oder einzugrenzen**. Das hat der XI. Zivilsenat am 12. Oktober 2021¹³⁹ entschieden.

Allein das **Prozessgericht** hat gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG darüber zu befinden, ob der **Musterverfahrens Antrag unzulässig** ist, weil die Entscheidung des zugrundeliegenden Rechtsstreits nicht von dem geltend gemachten **Feststellungsziel abhängt**.¹⁴⁰ Dem Oberlandesgericht kommt insoweit keine Prüfungsbefugnis zu. Auch das Rechtsbeschwerdegericht hat nicht zu prüfen, ob die Ausgangsverfahren **zu Recht ausgesetzt** wurden.¹⁴¹

Daran ändert es nach der Beurteilung des Senats nichts, wenn das Landgericht in seinem **Vorlagebeschluss** konkret in Bezug auf die später vom Oberlandesgericht als solche bestimmte **Musterklägerin** ausgeführt hat, sie behaupte, ihr sei der Verkaufsprospekt „**weder vor noch bei dem Beratungsgespräch**“ **übergeben worden**, und deshalb auf ein Rechtsmittel in dem die Musterklägerin betreffenden Ausgangsverfahren der **Aussetzungsbeschluss aufzuheben** gewesen wäre. Der Senat stellt darauf ab,

¹³⁹ Beschluss vom 12. Oktober 2021 – [XI ZB 31/19](#) – juris.

¹⁴⁰ Beschluss vom 12. Oktober 2021 – [XI ZB 31/19](#) – juris, Rn. 42 mit Bezug auf Beschlüsse vom 04. Mai 2017 – [III ZB 61/16](#) – juris, Rn. 20, vom 16. Juni 2020 – [II ZB 10/19](#) – juris, Rn. 18 und vom 17. Dezember 2020 – [II ZB 31/14](#) – juris, Rn. 280; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2017, II/2020 und I/2021.

¹⁴¹ Beschluss vom 12. Oktober 2021 – [XI ZB 31/19](#) – juris, Rn. 42 mit Bezug auf Beschluss vom 22. November 2016 – [XI ZB 9/13](#) – juris, Rn. 42; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

dass das Landgericht diese Darstellung des Prozessvortrags der Musterklägerin als exemplarische Darstellung des den Musterverfahrensansprüchen zugrundeliegenden **gleichen Lebenssachverhalts** gekennzeichnet hat, wobei dieser Darstellung nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 KapMuG keine einem Tatbestand entsprechende Funktion zukommt, sondern sie der Beurteilung der **Gleichgerichtetheit der Musterverfahrensansprüche** dient. Derartige allgemeine Ausführungen des vorlegenden Prozessgerichts zum Gegenstand der Ausgangsverfahren sind nach der Beurteilung des Senats nicht geeignet, die mit der Aufnahme eines Feststellungsziels in den Vorlagebeschluss **bejahte Entscheidungserheblichkeit** für das zugrunde liegende Verfahren und die Bedeutung für andere Rechtsstreitigkeiten **zu widerlegen** oder einzugrenzen.¹⁴²

Damit hat der Senat die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts bestätigt, das angenommen hatte, für seine Entscheidung sei es aufgrund der **Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses** ohne Auswirkung, ob die Musterklägerin in ihrem Ausgangsverfahren die Verwendung des Verkaufsprospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung tatsächlich behauptet oder im Gegenteil **ausdrücklich geleugnet** hat.¹⁴³

Auch im Übrigen hatte die Entscheidung des Oberlandesgerichts Bestand. Auch nach der Beurteilung des Senats weist der Prospekt die vom Oberlandesgericht verneinten Prospektfehler nicht auf. Das gilt für die als ungenau bezeichnete **„Identität“ des Joint-Venture-Partners**¹⁴⁴, die als „unrichtig, irreführend und unvollständig beanstandete Darstellung der **„Kredite des Joint-Venture-Partners“**¹⁴⁵ und des **Kaufpreises** in Höhe von 600 Mio. GBP für den mittelbaren Erwerb der **Fondsimmobilie**.¹⁴⁶

¹⁴² Beschluss vom 12. Oktober 2021 – [XI ZB 31/19](#) – juris, Rn. 43.

¹⁴³ a.a.O. – juris, Rn. 41.

¹⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 52.

¹⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 55.

¹⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 60.

Der Senat bestätigt in diesem Zusammenhang, dass **vom Feststellungsziel nicht umfasste Angriffe** im Rechtsbeschwerdeverfahren unbeachtlich sind, insbesondere wenn das Oberlandesgericht eine **Erweiterung der Feststellungsziele** des Vorlagebeschlusses auf der Grundlage des entsprechenden Vortrags der Musterklägerin nach § 15 KapMuG ausdrücklich und im Rechtsbeschwerdeverfahren grundsätzlich **unanfechtbar abgelehnt** hat.¹⁴⁷

Ferner bestätigt der Senat die Auffassung des Oberlandesgerichts, einer **ins Einzelne gehenden Darstellung des englischen Rechts** betreffend die Verwertung von Immobiliarsicherheiten habe es nicht bedurft, was der Senat bereits in einem vergleichbaren Verfahren gebilligt hatte.¹⁴⁸

Dies führte insgesamt zur Zurückweisung der Rechtsbeschwerde gegen den Musterentscheid.

e)

Hat das Oberlandesgericht in einem Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz das **Feststellungsziel 1 als unbegründet** zurückgewiesen und den Vorlagebeschluss hinsichtlich des **Feststellungsziels 2 für gegenstandslos** erklärt, kann das Rechtsbeschwerdegericht – auf eine Rechtsbeschwerde auf Seiten des Musterklägers hin, mit der die Feststellungsziele 1 und 2 weiterverfolgt werden – die Entscheidung dahingehend abändern, dass es das **Feststellungsziel 2 als unbegründet** zurückweist und den Vorlagebeschluss hinsichtlich des **Feststellungsziels 1**

¹⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 57 f. mit Bezug auf Beschluss vom 01. Oktober 2019 – [II ZB 23/18](#) – juris, Rn. 4 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2019.

¹⁴⁸ Beschluss vom 12. Oktober 2021 – [XI ZB 31/19](#) – juris, Rn. 63 mit Bezug auf Beschluss vom 30. März 2021 – [XI ZB 3/18](#) – juris, Rn. 58 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2021.

für gegenstandslos erklärt. Darauf hat der XI. Zivilsenat am 12. Oktober 2021¹⁴⁹ erkannt.

Eine **Slechterstellung** ist mit dieser Verfahrensweise nach dem Dafürhalten des Senats nicht verbunden. Der Musterklägerseite, die als einzige Rechtsbeschwerde eingelegt hat und eine **Sachentscheidung** hinsichtlich der von ihr **weiterverfolgten Feststellungsziele** begehrt, ist dadurch, dass der Vorlagebeschluss im Musterentscheid hinsichtlich des Feststellungsziels 2 für gegenstandslos erklärt worden ist, nach Ansicht des Senats **keine Rechtsposition** irgendeiner Art zuerkannt worden. Damit hat das Oberlandesgericht nur zum Ausdruck gebracht, dass es dieses Feststellungsziel **nicht mehr für entscheidungserheblich** hält und eine Beantwortung der darin enthaltenen Tatsachen- oder Rechtsfrage daher nicht erfolgt. Der Senat sieht sich zudem weder durch den Vorlagebeschluss noch durch den Musterentscheid an eine bestimmte **Prüfungsreihenfolge der Feststellungsziele** gebunden.¹⁵⁰

Der Senat hat das Feststellungsziel 2 als unbegründet angesehen, weil sämtliche Musterbeklagten als Veranlasser für unrichtige oder unvollständige wesentliche Angaben nach den Grundsätzen der **spezialgesetzlichen Prospekthaftung** aus § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG a.F. haften und neben dieser eine Haftung der Musterbeklagten unter dem Aspekt einer **vorvertraglichen Pflichtverletzung** aufgrund der Verwendung des unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung nach der jüngeren Senatsrechtsprechung **ausgeschlossen** ist.¹⁵¹ Durch das Feststellungsziel 2 sollte nach der Auslegung des

¹⁴⁹ Beschluss vom 12. Oktober 2021 – [XI ZB 26/19](#) – juris.

¹⁵⁰ Beschluss vom 12. Oktober 2021 – [XI ZB 26/19](#) – juris, Rn. 30 f. mit Bezug auf Senatsbeschluss vom 22. November 2016 – [XI ZB 9/13](#) – juris, Rn. 106; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2016.

¹⁵¹ Beschluss vom 12. Oktober 2021 – [XI ZB 26/19](#) – juris, Rn. 19 ff, Rn. 25 mit Bezug auf Senatsbeschluss vom 19. Januar 2021 – [XI ZB 35/18](#) – juris, Rn. 26; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2021.

Senats nur eine Haftung der Musterbeklagten nach den Grundsätzen der „**Prospekthaftung im weiteren Sinne**“ festgestellt werden, wie sie nach Ansicht des Senats durch die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung verdrängt wird.¹⁵²

Da eine solche Haftung aus Rechtsgründen nicht gegeben ist, kommt es auf Feststellungen zu **Prospektfehlern** (Feststellungsziel 1) und zum **Ver schulden** (Feststellungsziel 3) nicht mehr an. Diese Feststellungsziele sind mithin nach der Beurteilung des Senats **gegenstandslos**, weil ihre **Entscheidungserheblichkeit** aufgrund der vorausgegangenen Prüfung im Musterverfahren entfallen ist.¹⁵³

Dies führte zu einer entsprechenden Abänderung des Musterentscheids.

f)

Wird über das Vermögen des **Musterrechtsbeschwerdeführers** ein **Insolvenzverfahren** eröffnet, bestimmt das Rechtsbeschwerdegericht nach einem Beschluss des XI. Zivilsenats vom 23. November 2021¹⁵⁴ entsprechend § 21 Abs. 4, § 13 Abs. 1 Fall 2, § 9 Abs. 2 KapMuG einen **neuen Musterrechtsbeschwerdeführer**.

Das KapMuG enthält keine Regelung für den Fall, dass im Rechtsbeschwerdeverfahren über das Vermögen des **Musterrechtsbeschwerdeführers** ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Geregelt ist lediglich der Fall, dass der **Musterkläger** im Laufe des Musterverfahrens seine Klage im Ausgangsverfahren zurücknimmt oder über das Vermögen des Musterklägers ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Hierfür sieht § 13 Abs. 1 KapMuG vor,

¹⁵² Beschluss vom 12. Oktober 2021 – [XI ZB 26/19](#) – juris, Rn. 20.

¹⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 26 ff.

¹⁵⁴ Beschluss vom 23. November 2021 – [XI ZB 23/20](#) – juris.

dass das Oberlandesgericht nach Maßgabe des § 9 Abs. 2 KapMuG einen neuen Musterkläger bestimmt.¹⁵⁵

Durch die Konzentration auf nur einen Musterrechtsbeschwerdeführer besteht wie im Musterverfahren erster Instanz die Notwendigkeit, eine Regelung für den Fall vorzusehen, dass in der Person des Musterrechtsbeschwerdeführers ein **Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrund** eintritt.¹⁵⁶ Das gilt umso mehr, als – anders als in der ersten Instanz – im Rechtsbeschwerdeverfahren auch auf Seite der Musterbeklagten die Auswahl einer Musterpartei getroffen wird: Legt einer oder mehrere der Musterbeklagten Rechtsbeschwerde gegen den Musterentscheid ein, wird derjenige Musterbeklagte, welcher als erster das Rechtsmittel eingelegt hat, vom Rechtsbeschwerdegericht zum Musterrechtsbeschwerdeführer bestimmt (§ 21 Abs. 3 Satz 1 KapMuG).¹⁵⁷ Hierzu fehlt eine Regelung für den Fall, dass in der Person dieses Musterrechtsbeschwerdeführers die in § 13 Abs. 1 Fall 2 und Abs. 2 KapMuG aufgeführten Unterbrechungs- oder Aussetzungsgründe eintreten. Die Gesetzeslücke kann nach dem Dafürhalten des Senats sachgerecht durch eine entsprechende Anwendung von § 21 Abs. 4, § 13 Abs. 1 Fall 2, § 9 Abs. 2 KapMuG geschlossen werden, indem das Rechtsbeschwerdegericht einen neuen Musterrechtsbeschwerdeführer bestimmt, wenn über das Vermögen des bisherigen Musterrechtsbeschwerdeführers ein Insolvenzverfahren eröffnet wird.¹⁵⁸

Von dieser Möglichkeit hat der Senat in seinem Beschluss Gebrauch gemacht.

¹⁵⁵ a.a.O. – juris, Rn. 3 f.

¹⁵⁶ a.a.O. – juris, Rn. 6.

¹⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 9 ff.

¹⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 13.

g)

Mit Beschluss vom 28. September 2021¹⁵⁹ hat der XI. Zivilsenat seine Rechtsprechung bestätigt, wonach sich der **Beschwerdewert** für einen Antrag, mit dem der Kläger die **Feststellung** begehrt, dass er der Beklagten ab dem Zeitpunkt des Widerrufs nicht mehr die vertraglich vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen schulde, nach der Höhe der **bis zum Widerruf erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen** richtet.¹⁶⁰ Der Beschwerdewert für den im Wege der objektiven Klagehäufung (§ 260 ZPO) weiterverfolgten Antrag, mit dem der Kläger die Feststellung begehrt, dass der Beklagten **kein Anspruch auf Abnahme der Darlehensvaluta** mehr zusteht, richtet sich gemäß §§ 3, 9 Satz 1 ZPO nach dem **dreieinhalbfachen Wert der Vertragszinsen** pro Jahr bezogen auf den **Nennbetrag des Vorausdarlehens**.¹⁶¹ Das hierfür maßgebliche, gemäß § 3 ZPO objektiv zu ermittelnde wirtschaftliche Interesse des Klägers liegt, wenn der Kläger vertragliche Ansprüche der Beklagten aus dem einem Bauspardarlehen vorgeschalteten Vorausdarlehensvertrag in Abrede stellt, darin, der Beklagten **die vereinbarten Zinsen nicht zu schulden**.¹⁶²

Dies führte zur Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig, weil danach der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20.000 € nicht überstieg (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

Karlsruhe, den 06. April 2022

Dr. Peter Rädler

Dr. Katja Lembach

¹⁵⁹ Beschluss vom 28. September 2021 – [XI ZR 579/20](#) – juris.

¹⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 2.

¹⁶¹ a.a.O., Rn. 3.

¹⁶² a.a.O., Rn. 4.