

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 2. Halbjahr 2023

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 2023 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst.¹ Berücksichtigt sind die bis zum 05. Januar 2024 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 2. Halbjahr 2023 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:

- Der XI. Zivilsenat hat seine Rechtsprechung zum Kündigungsrecht der Sparkasse bei Prämienparverträgen fortgeführt. Im Fall einer Verhältnisprämienstafel ist danach das Recht zur ordentlichen Kün-

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](#)“.

digung bis zum Erreichen der höchsten Prämienstufe ausgeschlossen. Durch vertraglich zulässige Kontoabhebungen kann der Sparer die Dauer des Kündigungsausschlusses nicht einseitig verlängern (Urteil des XI. Zivilsenats vom 25. Juli 2023 – XI ZR 221/22 – Newsletter, S. 4). Steigen die Prämien auf die Sparbeiträge stufenweise bis zu einem bestimmten Sparjahr, ist das Recht der Sparkasse zur ordentlichen Kündigung auch dann (nur) bis zum Erreichen der höchsten Prämienstufe ausgeschlossen, wenn in der Vertragsurkunde die Sparprämie auch für Folgejahre ausdrücklich aufgeführt ist (Urteil des XI. Zivilsenats vom 17. Oktober 2023 – XI ZR 72/22 – Newsletter, S. 7).

- In Riester-Verträgen ist die Klausel: „Im Falle der Vereinbarung einer Leibrente werden dem Sparer ggfs. Abschluss- und/oder Vermittlungskosten belastet“ intransparent und unwirksam (Urteil des XI. Zivilsenats am 21. November 2023 – XI ZR 290/22 – Newsletter, S. 13).
- Am 04. Juli 2023 (– XI ZR 77/22 –) hat der XI. Zivilsenat Fragen zur Auslegung von § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. und § 312d Abs. 6 BGB a.F. geklärt. Insbesondere hat er es trotz der EuGH-Entscheidung in Sachen „Leonhard“ abgelehnt, das nationale Recht dahin teleologisch zu reduzieren, dass dem Verbraucher nach Widerruf eines im Fernabsatz geschlossenen Darlehensvertrags kein Anspruch aus § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB auf Nutzungersatz hinsichtlich der von ihm erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen zusteht (Newsletter, S. 22).
- Am 11. Juli 2023 (– XI ZR 111/22 –) erging ein Grundsatzurteil des XI. Zivilsenats zum Recht der Zahlungsdienstleistungen. Einwendungen des Zahlungsdienstnutzers aus der Rechtsbeziehung zu dem Zahlungsempfänger, mit denen er geltend macht, dass die Ansprüche des Zahlungsempfängers nicht oder nicht in der geforderten Höhe bestehen, werden danach von § 676b Abs. 2 Satz 1 BGB nicht

erfasst, auch wenn Zahlungsdienstleister und Zahlungsempfänger identisch sind. Der Bürge muss die vom Zahlungsdienstnutzer als Hauptschuldner nicht beanstandeten unautorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgänge gegen sich gelten lassen (Newsletter, S. 29).

- Nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 19. September 2023 (– XI ZR 343/22 –) lässt ein Verstoß des Zahlungsdienstleisters gegen das Verbot der Mitwirkung an einer Zahlung im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel die Wirksamkeit der Autorisierung des Zahlers unberührt (Newsletter, S. 32).
- Im Berichtszeitraum hat der Bundesgerichtshof erneut seine Rechtsprechung zum Vorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftung fortgeführt. Nach dem Beschluss des XI. Zivilsenats vom 11. Juli 2023 (– XI ZB 20/21 –) kommt die Haftung eines Gründungsgesellschafters nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG a.F. – und nur neben dieser – in Betracht, wenn er Vertriebsverantwortung trägt. Das deckt sich nunmehr im Ergebnis mit der neu ausgerichteten Rechtsprechung des II. Zivilsenats (Urteil vom 24. Oktober 2023 – II ZR 57/21 –). Beide Entscheidungen führen näher aus, wann von einer Vertriebsverantwortung auszugehen ist (Newsletter, S. 37).

1.

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

a)

Bei einem **Prämiensparvertrag**, bei dem die Prämien auf die Sparbeiträge nach dem Verhältnis des Sparguthabens zur Jahressparleistung steigen (sogenannte **Verhältnisprämienstaffel**), ist das Recht der Sparkasse zur

ordentlichen Kündigung nach Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen **bis zum Erreichen der höchsten Prämienstufe ausgeschlossen**. Durch vertraglich zulässige **Kontoabhebungen** kann der Sparer die Dauer des Kündigungsausschlusses **nicht einseitig verlängern**. Das hat der XI. Zivilsenat am 25. Juli 2023² in Fortführung seines Urteils vom 14. Mai 2019³ entschieden.

Der vom Senat zu beurteilende Sparvertrag („S-VERMÖGENSPLAN“) enthält folgende Bestimmungen:

Ich werde monatlich ab 01.01.2001 den Betrag von DEM 150,00 einzahlen.

[...]

Zusätzlich zahlt die Sparkasse auf die vertragsgemäß erbrachte Jahresleistung eines abgelaufenen Sparjahres eine nach der Höhe des am Ende des Sparjahres erreichten Guthabens gestaffelte Prämie nach folgender Staffel:

Nach Erreichen des	
3fachen der Jahressparleistung	3,0 % Prämie
4fachen der Jahressparleistung	6,0 % Prämie
6fachen der Jahressparleistung	10,0 % Prämie
8fachen der Jahressparleistung	14,0 % Prämie
10fachen der Jahressparleistung	18,0 % Prämie
12fachen der Jahressparleistung	20,0 % Prämie
15fachen der Jahressparleistung	25,0 % Prämie
20fachen der Jahressparleistung	30,0 % Prämie
30fachen der Jahressparleistung	40,0 % Prämie
40fachen der Jahressparleistung	50,0 % Prämie

Ein solcher Sparvertrag unterliegt nach der Auslegung des Senats dem **Recht der unregelmäßigen Verwahrung (§ 700 BGB)**, weil sich der Sparer gegenüber der Sparkasse nicht zur Zahlung der monatlichen Sparbeiträge verpflichtet hat, wohingegen die Sparkasse unter den Voraussetzungen von Nr. 4 der Bedingungen für den Sparverkehr zur Rückzahlung der Spareinlage verpflichtet ist.⁴ Trotz der Formulierung „**Ich werde**

² Urteil vom 25. Juli 2023 – [XI ZR 221/22](#) – juris.

³ Urteil vom 14. Mai 2019 – [XI ZR 345/18](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

⁴ Urteil vom 25. Juli 2023 – [XI ZR 221/22](#) – juris, Rn. 23 ff.

monatlich ... einzahlen.“ verneint der Senat eine **Pflicht zur Zahlung des monatlichen Sparbeitrags**, weil der Sparer nach Nr. 4 der Bedingungen für den Sparverkehr umgehend die Rückzahlung der unterhalb der Grenze von 2.000 € liegenden monatlichen Sparrate verlangen könnte. Zudem wäre eine Verpflichtung des Sparers zur Erbringung der Sparbeiträge nach dem Dafürhalten des Senats **nicht interessengerecht**.⁵

Der Senat versteht den Sparvertrag aufgrund der **vereinbarten Prämienstafel** dahin, dass dem Sparer das Recht zukommt, **einseitig zu bestimmen**, ob er **bis zum Erreichen der höchsten Prämienstufe spart**. Bis zu diesem Zeitpunkt ist für die Sparkasse das ordentliche Kündigungsrecht nach Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen bzw. nach § 700 Abs. 1 Satz 3, § 696 Satz 1 BGB ausgeschlossen.⁶ Der Senat knüpft hierfür an seine Rechtsprechung zu Prämien Sparverträgen mit einer vertraglich vereinbarten **Prämienstafel bis zum 15. Sparjahr** an, für die er einen konkludenten zeitlich befristeten Ausschluss des Kündigungsrechts angenommen hat.⁷

Die Erwägungen dieser Entscheidung gelten nach Ansicht des Senats für die streitgegenständliche Prämienstafel gleichermaßen. Durch die ansteigenden Prämien wird ein **Bonusanreiz** gesetzt, mit dem sich ein jederzeitiges ordentliches Kündigungsrecht der Sparkasse nicht vereinbaren lässt. Dass die einzelnen Prämienstufen nicht nach Sparjahren, sondern nach dem **Verhältnis des Sparguthabens zur Jahressparleistung** (sogenannte Verhältnisprämienstafel) gestaffelt sind, führt für ihn zu keiner anderen Bewertung. Vergleichbar einer nach Sparjahren gegliederten Prämienstafel **steigt die jährliche Prämie mit fortgesetzter Vertragsdurchführung**, wobei vorliegend (vertraglich zulässige) Abhebungen zu einer Neufestsetzung der Prämienstufe führen. Auch der vorliegende Sparvertrag ist daher nach Ansicht des Senats beiderseits interessengerecht so auszu-

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 27.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 29.

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 30 mit Bezug auf Urteil vom 14. Mai 2019 – [XI ZR 345/18](#) – juris, Rn. 38 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2019.

legen, dass zum einen dem Sparer die günstige vertragliche Position zukommt, einseitig zu bestimmen, ob er **bis zum Erreichen der höchsten Prämienstufe** spart, ihm zum anderen jedoch **keine zeitlich unbegrenzte Sparmöglichkeit** eröffnet wird.⁸

Einem zeitlich befristeten Kündigungsausschluss steht für den Senat nicht entgegen, dass sich aufgrund der variablen Verzinsung die Länge des Zeitraums bis zum Erreichen der höchsten Prämienstufe bei Vertragsschluss **nicht taggenau prognostizieren** lässt. Diese Ungewissheit wohnt der von der Beklagten vorgegebenen Vertragsstruktur inne und vermag den gesetzten Bonusanreiz nicht in Frage zu stellen. Die Dauer des Kündigungsausschlusses und damit die Pflicht der Sparkasse zur Zahlung der Prämien bleibt **zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses** nach Ansicht des Senats **hinreichend bestimmbar**. Der Senat stellt darauf ab, dass sich bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf der Grundlage der **Jahressparleistung** und für den (ungünstigsten) Fall einer durchgehenden **Nullverzinsung** ausrechnen lässt, zu welchem Zeitpunkt die höchste Prämienstufe **spätestens** erreicht wird.⁹

Wie der Senat weiter ausführt, kann der Sparer die Dauer des Kündigungsausschlusses **nicht einseitig durch Abhebungen verlängern**. Für die Beantwortung der Frage, für welchen Zeitraum die Parteien das ordentliche Kündigungsrecht konkludent ausgeschlossen haben, stellt der Senat auf den **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** ab. Der zeitlich befristete Ausschluss des Kündigungsrechts rechtfertigt sich für ihn mit dem besonderen Bonusanreiz, den die Sparkasse mit der vereinbarten Prämienstaffeln gesetzt hat und dem die Erwartung zugrunde liegt, dass der Sparer seine **jährlichen Sparleistungen in voller Höhe erbringt**. Demgegenüber führt die Wahrnehmung des vertraglich eingeräumten Rechts, über das Sparguthaben in den Grenzen von Nr. 4 der Bedingungen für den Sparverkehr zu verfügen, nach dem Vertrag lediglich zu einer **Neufestsetzung des Prä-**

⁸ Urteil vom 25. Juli 2023 – [XI ZR 221/22](#) – juris, Rn. 32.

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 33.

miensatzes am Ende des jeweiligen Sparjahres. Auf die Dauer des Kündigungsausschlusses kann dies nach dem Verständnis redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise nach der Beurteilung des Senats keinen Einfluss haben. Denn bei beiderseits interessengerechter Auslegung des Sparvertrags kann der Sparer redlicherweise nicht erwarten, einseitig durch Abhebungen die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung durch die Sparkasse beliebig hinausschieben zu können und sich damit eine **zeitlich unbegrenzte Sparmöglichkeit** zu eröffnen.¹⁰

Damit ist der Sparvertrag im Streitfall nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 21. September 2020 beendet worden, sondern besteht über den 31. Dezember 2020 hinaus fort. Das folgt für den Senat daraus, dass die **höchste Prämienstufe** zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht erreicht war. Die Jahressparleistung der Klägerin beträgt 920,28 €, die 40fache Jahressparleistung mithin 36.811,20 €. Der Senat stellt darauf ab, dass die Klägerin ein solches Guthaben **bei vertragsgemäßer Einzahlung der monatlichen Sparraten auch ohne Abhebungen** im Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten nicht erreicht hätte.¹¹

Das Berufungsurteil konnte damit keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hat die Kündigung noch als wirksam angesehen. Der Senat hat in der Sache selbst entschieden, nämlich **festgestellt, dass der Sparvertrag fortbesteht** und die Beklagte verurteilt, ab Januar 2021 die **monatlichen Sparraten gutzuschreiben**, sofern die Klägerin diese erbringt.

b)

Ebenfalls zu einem **Prämienparvertrag** ist die Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 17. Oktober 2023¹² ergangen. Steigen dabei die Prämien auf die Sparbeiträge **stufenweise bis zu einem bestimmten Sparjahr**, ist das

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 34.

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 37.

¹² Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 72/22](#)– juris.

Recht der Sparkasse zur **ordentlichen Kündigung** nach Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen nach dieser Entscheidung auch dann (nur) bis zum Erreichen der **höchsten Prämienstufe** ausgeschlossen, wenn in der Vertragsurkunde die **Sparprämie auch für Folgejahre ausdrücklich aufgeführt** ist.

Der diesem Fall zugrundeliegende Sparvertrag enthält folgende Prämienklausel:

3. Zinsen und Prämien

Die Sparkasse zahlt neben dem jeweils gültigen Zinssatz, zzt. 2,500 %, am Ende eines Kalender-/Sparjahres eine verzinsliche S-Prämie gemäß der nachfolgenden Prämienstaffel auf die geleisteten Sparbeiträge des jeweils abgelaufenen Sparjahres, [...]

Die S-Prämie beträgt nach

	6 J	8,000%	10 J	25,000%	14 J	45,000%	18 J	50,000%	
3 J	3,000%	7 J	10,000%	11 J	30,000%	15 J	50,000%	19 J	50,000%
4 J	4,000%	8 J	15,000%	12 J	35,000%	16 J	50,000%	20 J	50,000%
5 J	6,000%	9 J	20,000%	13 J	40,000%	17 J	50,000%	FJ	50,000%

Mit Bezug u.a. auf die soeben referierte Entscheidung vom 25. Juli 2023¹³ unterstellt der Senat auch diesen Sparvertrag dem **Recht der unregelmäßigen Verwahrung** nach § 700 BGB¹⁴ und legt ihn dahin aus, dass das **Recht zur ordentlichen Kündigung** aus Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen (lediglich) bis zum **Erreichen der höchsten Prämienstufe** ausgeschlossen ist, jedoch **nicht darüber hinaus**.¹⁵ Der Senat stellt darauf ab, dass die auf die Jahressparleistung gewährte jährliche Prämie nach dem dritten bis zum Ablauf des 15. Sparjahres **fortlaufend bis auf 50% ansteigt**. Den dadurch gesetzten **besonderen Sparanreiz** darf die Sparkasse nach Ansicht des

¹³ Urteil vom 25. Juli 2023 – [XI ZR 221/22](#) – juris.

¹⁴ Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 72/22](#) – juris, Rn. 19 ff.; ebenso nachfolgend Urteil vom 14. November 2023 – [XI ZR 88/23](#) – juris Rn. 31 ff.

¹⁵ Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 72/22](#) – juris, Rn. 26 ff.

Senats nicht enttäuschen, indem sie dem Sparer den Anspruch auf Gewährung der Sparprämien vor Erreichen der Höchststufe durch eine ordentliche Kündigung entzieht.¹⁶

Einen **über das Ende des 15. Sparjahres hinauswirkenden** Ausschluss des Kündigungsrechts haben die Parteien dagegen nach dem Dafürhalten des Senats nicht vereinbart, auch wenn die Prämienstafel im Vertrag über die höchste Prämienstufe hinaus fortgeschrieben ist.¹⁷ Für den Senat ist es in erster Linie die bis zum 15. Sparjahr **kontinuierlich steigende** Prämienhöhe, in welcher der von der Beklagten gesetzte besondere Sparanreiz zu sehen ist. Bei **gleichbleibender** Prämienhöhe besteht seiner Ansicht nach kein solcher Sparanreiz und die **bloße Nennung** der auf die Höchststufe folgenden **stagnierenden Prämien** vermag keinen solchen zu begründen, selbst wenn die Prämien nominal hoch erscheinen. Ob der Sparvertrag infolge einer für den Sparer günstigen Entwicklung der variablen Verzinsung diesem über die Höchststufe hinaus wirtschaftlich attraktive Erträge bietet, beeinflusst nach der Beurteilung des Senats die Dauer des Kündigungsausschlusses nicht. Eine solche **bei Vertragsschluss nicht absehbare Änderung der Umstände** begründet für ihn **keine geschützte Erwartung** des Sparers.¹⁸

Die **ausdrückliche Fortschreibung** der Prämien über das Erreichen der höchsten Prämienstufe hinaus dient nach Ansicht des Senats lediglich der **Verdeutlichung** der Ausgestaltung der Prämienzahlungen für die Folgejahre. Bei dem vorliegenden Prämienparvertrag handelt es sich um einen **unbefristeten Vertrag**, der dem Sparer auch für die Zeit nach Erreichen der Höchststufe einen Anspruch auf entsprechende Prämienzahlungen gewährt, unabhängig davon, ob die Prämien für die Folgejahre ausdrücklich aufgeführt sind.¹⁹

¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 29.

¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 30 ff.

¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 34.

¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 36.

Die von der Beklagten im Streitfall erklärte Kündigung war danach wirksam. Die **tatbestandliche Kündigungsvoraussetzung eines sachgerechten Grundes** i.S.d. Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen hat der Senat in dem **veränderten Zinsumfeld** gesehen, das sich zwar nicht wegen des variablen Zinssatzes negativ auf das Vertragsverhältnis auswirkt, es aber der Beklagten erschwert, die **Erträge zu erwirtschaften**, die sie benötigt, um die jährlichen Prämienzahlungen aufzubringen.²⁰ Die ordentliche Kündigung der Beklagten ist erst für die Zeit nach dem Ablauf des 15. Sparjahres und unter Beachtung der Auslauffrist von drei Monaten erklärt worden.²¹ Dass die Beklagte den Vertrag nicht direkt am Ende des fünfzehnjährigen Kündigungsausschlusses im Jahr 2016, sondern erst im Jahr 2019 gekündigt hat, lässt ihr Verhalten in den Augen des Senats **nicht als treuwidrig** erscheinen. Der Senat betont, dass die Beklagte nicht gehalten war, den Sparvertrag **bei der ersten sich bietenden Gelegenheit zu kündigen**.²²

Dies führte zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Das Berufungsgericht hatte die Kündigung als unwirksam behandelt und daher – anders als die Vorinstanz – die beantragte Feststellung getroffen, dass der Sparvertrag fortbesteht. Dem ist der Senat entgegengetreten.

c)

In seinem Urteil vom 14. November 2023²³ hatte sich der Senat erneut mit einem **Prämienparvertrag** zu befassen, bei dem die Prämien auf die Sparbeiträge stufenweise bis zu einem bestimmten Sparjahr steigen. Nach der Entscheidung kann das Recht der Sparkasse zu einer ordentlichen Kündigung **auch nach Erreichen der höchsten Prämienstufe ausgeschlossen** sein, wenn die Vertragsurkunde eine **darüberhinausgehende Vertragslaufzeit bestimmt** und die Parteien insofern nicht übereinstimmend etwas anderes gewollt haben.

²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 40.

²¹ a.a.O. – juris, Rn. 42.

²² a.a.O. – juris, Rn. 44.

²³ Urteil vom 14. November 2023 – [XI ZR 88/23](#) – juris.

Die in diesem Fall zu beurteilenden Sparverträge aus den Jahren 1994 und 1996 mit der Bezeichnung „Prämien Sparvertrag-flexibel“ enthielten Prämienstaffeln, die in der Struktur jener entsprechen, die der Sache XI ZR 72/22 (oben unter b) zugrunde liegt. Infolge späterer Umschreibungen der Verträge auf die Erbin in den Jahren 2012 bzw. 2016 wurden in beide Vertragsurkunden folgende Angaben aufgenommen:

3. Festlegung Prämie

3.1

Neben dem jeweils gültigen Zinssatz zahlt die Sparkasse auf die vertragsgemäß geleisteten Sparbeiträge des jeweils abgelaufenen Sparjahres jeweils am Ende eines Kalenderjahres eine verzinsliche Prämie.
[...]

3.2

Die in der Anlage zum Vertrag aufgeführte Prämienstafel ist für die gesamte Laufzeit des Vertrages fest vereinbart.

4. Vertragsdauer

Der Vertrag ist mit einer Laufzeit von 1188 Monaten abgeschlossen.
[...]

Das Recht zur ordentlichen Kündigung aus Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen war nach den ursprünglichen Fassungen der Sparverträge zunächst bis zum Erreichen der höchsten Prämienstufe ausgeschlossen.²⁴

Wie der Senat weiter ausführt, kann das Recht der Beklagten zur ordentlichen Kündigung im Streitfall jedoch auch **nach Erreichen der höchsten Prämienstufe** ausgeschlossen sein, wenn die Parteien eine darüber hinausgehende **Vertragslaufzeit vereinbart** haben. Der Wortlaut ist für den Senat insoweit eindeutig. Danach beträgt die **Laufzeit 1188 Monate**, mithin **99 Jahre**, und zwar ab den in den Vertragsurkunden eingangs aufgeführten Zeitpunkten „Vertragsbeginn ist der 25.07.1994“ bzw. „Vertragsbeginn ist der 03.06.1996“. Der rechtlich nicht gebildete Durchschnittskunde entnimmt dem nach Ansicht des Senats ohne Weiteres die Bestimmung einer **festen (Mindest-)Laufzeit**. Bestärkt wird dieses Verständnis für den

²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 36 ff. mit Bezug auf Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 72/22](#) – juris Rn. 30 ff., s.o.

Senat dadurch, dass die Klausel mit „Vertragsdauer“ überschrieben ist und dies zudem unmittelbar an Ziffer 3.2 anschließt, wonach die Prämienstaffel „für die gesamte Laufzeit des Vertrags“ fest vereinbart ist.²⁵

Nach dem Dafürhalten des Senats ist die lange Laufzeit der Sparverträge, wie für ihn etwa der **Vergleich mit Schuldverschreibungen** zeigt, **nicht so ungewöhnlich**, dass der durchschnittliche Sparer hätte annehmen müssen, die Sparkasse wolle nicht auf ihr Kündigungsrecht für einen solchen Zeitraum verzichten. Eine Vertragsdauer von 99 Jahren läuft seiner Ansicht nach nicht auf eine zeitlich unbegrenzte Sparmöglichkeit hinaus, die der Sparer nach der Rechtsprechung des Senats redlicherweise nicht erwarten kann.²⁶

Gleichwohl muss nach Ansicht des Senats im Streitfall die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass die Parteien übereinstimmend Ziffer 4 der Verträge aus dem Jahr 2016 **abweichend von ihrem objektiven Sinn verstanden** haben.²⁷ Ansatzpunkt für die bei einer AGB-Klausel gebotene objektive, nicht am Willen der Vertragsparteien zu orientierende Auslegung ist in erster Linie ihr Wortlaut. Haben die Parteien der auszulegenden AGB-Klausel **übereinstimmend** eine von ihrem objektiven Sinn abweichende Bedeutung beigemessen, ist allerdings diese maßgebend. In diesem Zusammenhang sind auch **individuelle Umstände des Vertragsschlusses** zu berücksichtigen. Die Beweislast für ein solches übereinstimmendes Verständnis liegt bei der Partei, die sich auf den Vorrang der individuellen Auslegung beruft.²⁸

Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. Nach der Beurteilung des Senats beruht die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Parteien den Verträgen aus dem Jahr 2016 **keine** von ihrem objektiven Sinn abweichende Bedeutung beigemessen haben, auf einem **Verfahrens-**

²⁵ Urteil vom 14. November 2023 – [XI ZR 88/23](#) – juris, Rn. 39 f

²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 41.

²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 43.

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 44.

fehler. Das Berufungsgericht hatte die Angaben der informatorisch angehörten Klägerin anders als das Amtsgericht gewürdigt, ohne diese **selbst erneut anzuhören** und die Zeugen zu vernehmen.²⁹ Nach Ansicht des Senats wird im weiteren Verfahren zu bedenken sein, dass die beiden Sparverträge in den Jahren 1994 und 1996 auf unbestimmte Zeit geschlossen worden und nach Erreichen der höchsten Prämienstufe ordentlich kündbar waren, **bereits im Jahr 2012 auf die Mutter der Klägerin** in deren Vertretung umgeschrieben worden waren und in den **neu ausgestellten Vertragsurkunden erstmals eine Vertragslaufzeit von 1188 Monaten bestimmt** war, die in der **erneuten Umschreibung** der beiden Sparverträge auf die Klägerin im Jahr 2016 übernommen wurde.³⁰

d)

Die in den von einer Sparkasse für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen vorformulierten **Sonderbedingungen für Altersvorsorgeverträge** nach dem Altersvermögensgesetz (sog. **Riester-Verträge**) enthaltene Klausel

„Im Falle der Vereinbarung einer Leibrente werden dem Sparer ggfs. Abschluss- und/oder Vermittlungskosten belastet.“

ist eine **Vertragsbedingung** im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Klausel verstößt gegen das **Transparenzgebot** und ist im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB **unwirksam**. Das hat der XI. Zivilsenat am 21. November 2023³¹ entschieden.

Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung setzt eine Erklärung des Verwenders voraus, die den **Vertragsinhalt regeln** soll. Für die Unterscheidung von allgemeinen (verbindlichen) **Vertragsbedingungen** und (unverbindlichen) **Bitten, Empfehlungen oder tatsächlichen Hinweisen** ist auf den **Empfängerhorizont** abzustellen. Eine Vertragsbedingung liegt danach

²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 45.

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 51.

³¹ Urteil vom 21. November 2023 – [XI ZR 290/22](#) – juris.

vor, wenn ein im Vertrag enthaltener Hinweis nach seinem objektiven Wortlaut bei den Empfängern den **Eindruck hervorruft**, es solle damit der Inhalt eines vertraglichen oder vorvertraglichen Rechtsverhältnisses bestimmt werden, wobei - ebenso wie bei der Auslegung des Inhalts von Allgemeinen Geschäftsbedingungen - auf den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden und die dabei typischerweise gegebenen Verhältnisse abzustellen ist.³²

Nach Ansicht des Senats versteht der **durchschnittliche Sparer** die Klausel, wonach ihm bei „Vereinbarung einer Leibrente [...] ggfs. Abschluss- und/oder Vermittlungskosten belastet“ werden dahin, dass sie der Sparkasse **das Recht einräumen** soll, von ihm im Fall der Vereinbarung einer Leibrente **Abschluss- und/oder Vermittlungskosten zu verlangen**.³³ Dass weder die **Voraussetzungen** für die Beanspruchung von Abschluss- und/oder Vermittlungskosten („ggfs.“) noch die **Kostenhöhe bestimmt** sind, rechtfertigt für den Senat keine abweichende Beurteilung; daraus lässt sich für ihn nicht ableiten, dass die Sparkasse mit der Klausel lediglich **Informationspflichten** erfüllt.³⁴ Aus Sicht des rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittsverbrauchers schafft die Klausel gleichwohl die **rechtliche Grundlage** für eine Forderung **der Höhe nach bei Vertragsschluss nicht feststehender** Abschluss- und/oder Vermittlungskosten in der Auszahlungsphase, wenn er zur Leibrente optiert.³⁵ Dieses Verständnis sieht der Senat durch die Einbettung der Klausel in den **Kontext der Sonderbedingungen** im Umfeld von Klauseln bestätigt, die ebenfalls den Vertragsinhalt regeln.³⁶

³² a.a.O. – juris, Rn. 14.

³³ a.a.O. – juris, Rn. 15 f.

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 17.

³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 18.

³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 19 f.

Die Klausel verstößt gegen das **Transparenzgebot** aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist damit unwirksam.³⁷ Der Senat stellt darauf ab, dass die Klausel weder erkennen lässt, ob die Sparkasse die genannten Abschluss- und Vermittlungskosten vom Sparer **tatsächlich beansprucht**, noch **in welcher Höhe** sie den Sparer mit Abschluss- und Vermittlungskosten belastet, wenn sich dieser im Rahmen der Auszahlungsphase für die Zahlung einer Leibrente entscheidet. Durch die Verwendung der **Formulierung „ggfs.“** bleibt schon unklar, ob der Sparer im Fall der Vereinbarung einer Leibrente überhaupt mit Abschluss- und Vermittlungskosten belastet wird. Zu deren Höhe wird weder ein absoluter Betrag genannt noch ein **Prozentsatz**, der sich auf ein Kapital bezieht. Weiter unklar bleibt, ob die Kosten einmalig, jährlich oder monatlich anfallen sollen. Danach kann der Sparer nicht einmal die **Größenordnung der Kosten** absehen, mit denen er belastet werden soll.³⁸

Die Beklagte ist daher auf Klage des **Verbraucherschutzvereins** verpflichtet, die weitere **Verwendung der angegriffenen Klausel zu unterlassen**.³⁹ Dies führte zur Bestätigung des Berufungsurteils.

2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

a)

Wie der XI. Zivilsenat am 26. September 2023⁴⁰ entschieden hat, sind gesetzliche Ansprüche gemäß **§ 241a Abs. 2 Alt. 2 BGB** nicht ausgeschlossen, wenn die Leistung in der **irrigen Vorstellung einer Bestellung** erfolgte und der Empfänger dies zwar nicht selbst erkannt hat, ihm aber in entsprechender Anwendung von **§ 166 Abs. 1 BGB** die **Kenntnis einer**

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 21 ff.

³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 26.

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 12, 28 f.

⁴⁰ Urteil vom 26. September 2023 – [XI ZR 98/22](#) – juris.

anderen Person von dieser irrigen Vorstellung des Unternehmers **zuzurechnen** ist.

§ 241a Abs. 1 BGB schließt grundsätzlich Ansprüche des Unternehmers bei unbestellten Leistungen aus. Nach § 241a Abs. 2 Alt. 2 BGB sind **gesetzliche Ansprüche**, wie beispielsweise solche aus ungerechtfertigter Bereicherung, aber dann **nicht ausgeschlossen**, wenn die Leistung in der **irrigen Vorstellung einer Bestellung** erfolgte und der **Empfänger dies erkannt hat** oder bei Anwendung der **im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können**. In einem solchen Fall soll es nach dem Willen des Gesetzgebers bei den allgemeinen Regeln verbleiben, weil diese zu einer **angemessenen Rückabwicklung** führen.⁴¹

Wegen des aus Sicht des Senats **eindeutigen Willens des Gesetzgebers** schließt er eine **unionsrechtskonforme Auslegung** aus, selbst wenn die Vorschrift gegen Unionsrecht verstieße.⁴²

Der im vorliegenden Fall einer **Darlehensgewährung** und damit einer **Finanzdienstleistung** einschlägige Art. 9 der Richtlinie 2002/65/EG n.F. über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher bestimmt, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen, um die Verbraucher für den Fall, dass unbestellte Waren geliefert oder **unbestellte Dienstleistungen** erbracht wurden, **von jeder Verpflichtung zu befreien**, wobei das Ausbleiben einer Antwort nicht als Zustimmung gilt.⁴³ Nach einer vom Senat referierten Literaturansicht ist diese Vorschrift dahingehend auszulegen, dass der Verbraucher, dem eine **unbestellte Finanzdienstleistung** erbracht worden ist, von sämtlichen vertraglichen und gesetzlichen Ansprüchen zu befreien ist.⁴⁴ Gleichwohl kommt für ihn eine entsprechende unionsrechtskonforme Auslegung von § 241a Abs. 2 Alt. 2 BGB nicht in Betracht, weil dies zu einer unzulässigen **Auslegung des nationalen Rechts contra**

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 11.

⁴² a.a.O. – juris, Rn. 12 ff.

⁴³ a.a.O. – juris, Rn. 14.

⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 15.

legem führen würde.⁴⁵ Wie der Senat anhand der **Gesetzgebungshistorie** darstellt, hat der Gesetzgeber im Zuge mehrerer einschlägiger Richtlinienänderungen einen **Umsetzungsbedarf verneint**, weil er davon ausgegangen ist, dass § 241a BGB bereits die erforderliche Regelung enthält. Damit hat der nationale Gesetzgeber wiederholt deutlich gemacht, dass er an der **Ausnahmeregelung des § 241a Abs. 2 BGB festhält**.⁴⁶

Soweit es um die **Kenntnis des Verbrauchers** von der irrigen Vorstellung einer Bestellung auf Seiten des Unternehmers geht, sind nach dem Dafürhalten des Senats die zur **Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB** entwickelten Grundsätze anwendbar. Danach muss sich unabhängig von dem Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses derjenige, der einen anderen mit der **Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut**, das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen lassen.⁴⁷

Im Streitfall hat der Senat auf dieser Grundlage angenommen, dass dem beklagten Ehemann die Kenntnis seiner Ehefrau von der irrigen Vorstellung einer Bestellung auf Seiten der klagenden Bank zuzurechnen ist.⁴⁸ Die Ehefrau hatte durch **bewusste Täuschung der Bank** den Irrtum hervorgerufen, mit dem Ehemann einen Darlehensvertrag abgeschlossen zu haben und die Auszahlung der Valuta in Höhe von 3.490 € auf das gemeinsame Konto der Ehegatten erwirkt.

Der Senat hat darauf abgestellt, dass sich die Ehefrau **allein um die finanziellen Angelegenheiten** der Familie und insbesondere um die **Verwaltung des gemeinsamen Kontos gekümmert** hat. Sie hatte deshalb nach Ansicht des Senats bei der Vornahme und Abwicklung von Geldgeschäften eine **tatsächlich ähnliche Stellung wie ein Vertreter**. Der Beklagte ließ sich insoweit bewusst von seiner Ehefrau in ähnlicher Weise repräsentieren

⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 16 ff.

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 19 f.

⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 21 f.

⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 21.

wie durch einen rechtsgeschäftlichen Stellvertreter. Allein weil der Beklagte sich um das Konto nicht kümmerte, konnte die Ehefrau bei der Klägerin den Irrtum hervorrufen, mit dem Beklagten einen Darlehensvertrag geschlossen zu haben, und die Klägerin ohne dessen Wissen dazu veranlassen, die vermeintliche Darlehensvaluta auf das gemeinsame Konto zu überweisen. Un-erheblich ist nach Ansicht des Senats, ob die Ehefrau des Beklagten mit der Aufnahme des Darlehens unter seinem Namen ihre **Befugnisse im Innenverhältnis vorsätzlich überschritten** hat. Das schließt nach seiner Beurteilung eine Wissenszurechnung im Verhältnis zum Beklagten nicht aus, weil die Darlehensaufnahme unter dem Namen des Beklagten noch in **innerem Zusammenhang mit dem ihr überlassenen Wirkungskreis** stand.⁴⁹

Der Senat bejaht damit einen **Bereicherungsanspruch** der Klägerin aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Der Beklagte kann sich nach dem Dafürhalten des Senats gemäß § 819 Abs. 1 BGB nicht auf den **Wegfall der Bereicherung** nach § 818 Abs. 3 BGB berufen, auch wenn die damalige Ehefrau den überwiesenen Betrag abgehoben hatte, bevor der Beklagte von dem Zahlungseingang erfuhr. Der Ehefrau des Beklagten war bekannt, dass der überwiesene Betrag von der Klägerin als Darlehen gewährt worden war und deshalb nicht dauerhaft behalten werden durfte, sondern **zurückgezahlt werden musste**. Diese **Kenntnis**, die für die Anwendung des § 819 Abs. 1 BGB ausreicht, muss sich der Beklagte ebenso wie im Rahmen von § 241a BGB **in entsprechender Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen**.⁵⁰

Der Beklagte kann dem Bereicherungsanspruch der Klägerin nach Ansicht des Senats **keinen Schadensersatzanspruch** aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB wegen **mangelhafter Sorgfalt bei der Identifizierung** des (vermeintlichen) Darlehensnehmers im Rahmen der Durchfüh-

⁴⁹ a.a.O. – juris, Rn. 23.

⁵⁰ a.a.O. – juris, Rn. 27.

rung des Video-Identifizierungsverfahrens sowie des Vergleichs der Unterschriften auf dem gezeigten Personalausweis und den Vertragsunterlagen entgegenhalten. Bei dem durchgeführten Video-Identverfahren war der **Stiefvater** der damaligen Ehefrau des Beklagten unter Vorlage des Personalausweises des Beklagten aufgetreten. Die Unterschrift des Kreditnehmers auf dem Kreditvertrag war von der damaligen Ehefrau des Beklagten **gefälscht** worden. Dies ist für den Senat unerheblich. Soweit der Beklagte aufgrund der Auszahlung der Valuta auf das gemeinsame Konto einem Bereicherungsanspruch der Klägerin ausgesetzt ist, ergibt sich für ihn aus §§ 814, 815 BGB, dass einem solchen Anspruch nur eine **positive Kenntnis des Bereicherungsgläubigers** entgegengehalten werden kann, während fahrlässige und auch grob fahrlässige Unkenntnis unerheblich sind. Diese **Wertung** kann nach dem Dafürhalten des Senats nicht durch einen **Schadensersatzanspruch** nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB wegen **unsorgfältiger Prüfung** der Identität des Empfängers vor der Leistungserbringung überspielt werden.⁵¹

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, der Bereicherungsanspruch der Bank sei gemäß § 241a Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

b)

Im Berichtszeitraum hatte der XI. Zivilsenat erneut Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum **Widerrufsrecht und dessen Folgen** fortzuführen.

aa)

Mit Urteil vom 04. Juli 2023⁵² hat der Senat seine Rechtsprechung bestätigt, wonach das **Leistungsverweigerungsrecht aus § 358 Abs. 4 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 357 Abs. 4 Satz 1 BGB** nicht dadurch entfällt, dass der

⁵¹ a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁵² Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 118/22](#) – juris.

Darlehensnehmer das **finanzierte Fahrzeug** nach Ausübung des Widerrufsrechts an einen – weder an dem Darlehensvertrag noch an dem damit verbundenen Kaufvertrag beteiligten – **Dritten veräußert** hat.⁵³ Die Finanzierungsbank kann die von dem Kläger begehrte Rückzahlung der Zins- und Tilgungsleistungen sowie der Anzahlung so lange verweigern, bis der Kläger ihr das Fahrzeug herausgibt und rückübergibt. Das dilatorische Leistungsverweigerungsrecht nach § 357 Abs. 4 Satz 1 BGB wird zu einer **dauerhaften Einrede**, wenn dem Kläger die Rückgewährleistung unmöglich geworden ist.⁵⁴

Weiter hält der Senat an seiner restriktiven Linie bei der Annahme eines ausreichenden, den **Annahmeverzug** begründenden **wörtlichen Angebots (§ 295 BGB)** fest. Nach dieser Vorschrift genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners unter anderem dann, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die **Leistung nicht annehmen** werde. Eine solche Erklärung liegt nach Ansicht des Senats nicht darin, dass die Beklagte vorgerichtlich und im Rechtsstreit das Vorliegen der materiell-rechtlichen **Voraussetzungen eines wirksamen Widerrufs bestritten** hat.⁵⁵

Außerdem muss der Darlehensnehmer bei der Abgabe des wörtlichen Angebots seiner **Vorleistungspflicht** Rechnung tragen. Daran fehlt es nach der Beurteilung des Senats, wenn er die Rückgabe des Fahrzeugs anbietet und um **Benennung des Ortes und eines Termins für die Fahrzeugrückgabe bittet**. Denn das Fahrzeug ist nach Widerruf zur Erfüllung der Vorleistungspflicht im Sinne einer **Bring- oder Schickschuld** am Sitz des Darlehensgebers zurückzugeben oder an ihn abzusenden.⁵⁶ Da Leistungszeit und -ort eindeutig sind, trifft die Beklagte nach dem Dafürhalten des

⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 20 mit Bezug auf Urteil vom 14. Februar 2023 – [XI ZR 152/22](#) – juris, Rn. 31 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2023.

⁵⁴ Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 118/22](#) – juris, Rn. 20 mit Bezug auf Urteil vom 14. Februar 2023 – [XI ZR 152/22](#) – juris, Rn. 32; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2023.

⁵⁵ Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 118/22](#) – juris, Rn. 22 mit Bezug auf Urteile vom 14. Juni 2022 – [XI ZR 552/20](#) – juris, Rn. 18 und vom 25. Oktober 2022 – [XI ZR 44/22](#) – juris, Rn. 47 (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt); vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2022.

⁵⁶ Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 118/22](#) – juris, Rn. 23 mit Bezug auf Urteile vom 27. Oktober 2020 – [XI ZR 498/19](#) – juris, Rn. 24 und vom 26. Oktober 2021 – [XI ZR 608/20](#) – juris, Rn. 15

Senats **keine Mitwirkungsobliegenheit** im Sinne des § 295 Satz 1 Alt. 2 BGB, dem Kläger mitzuteilen, wann und wo er das Fahrzeug zurückgeben könne.⁵⁷

Ab dem **Zeitpunkt der Veräußerung** des Fahrzeugs konnte die Beklagte nach Auffassung des Senats **endgültig** nicht mehr in Annahmeverzug geraten, weil dem Kläger die von ihm geschuldete Rückgabe und Rückübergabe des Fahrzeugs infolge der Veräußerung an einen Dritten **unmöglich** geworden ist. Der Annahmeverzug setzt, wie sich für den Senat aus § 297 BGB ergibt, voraus, dass der Schuldner zur Leistung **bereit und imstande** ist.⁵⁸

Dem Kläger steht daher im Streitfall wegen des dauernden Leistungsverweigerungsrechts der Beklagten trotz (unterstellt) wirksamen Widerrufs weder ein Anspruch auf Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen aus § 358 Abs. 4 Satz 1 BGB zu, noch – mangels Annahmeverzugs – ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Dies führte im Ergebnis zur Bestätigung des Berufungsurteils. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die die Ausübung des Widerrufsrechts sei nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich. Ob dem zu folgen ist, konnte der Senat offen lassen.⁵⁹

bb)

§ 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung ist nicht im Lichte von Art. 7 Abs. 4 der **Richtlinie 2002/65/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher sowie des **Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 4. Juni 2020 (C-301/18 – Leonhard)** dahin teleologisch zu reduzieren, dass dem Verbraucher aus

(an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt); vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2020 und II/2021.

⁵⁷ Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 118/22](#) – juris, Rn. 23.

⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 24.

⁵⁹ a.a.O. – juris, Rn. 17.

einem nach erklärtem Widerruf rückabzuwickelnden im Fernabsatz geschlossenen Darlehensvertrag **kein Anspruch aus § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB auf Nutzungersatz** hinsichtlich der von ihm erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen zusteht. Das hat der XI. Zivilsenat am 04. Juli 2023⁶⁰ entschieden.

Wie der Senat in ständiger Rechtsprechung betont, darf der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung nicht zu einer Auslegung des nationalen Rechts **contra legem** führen. Die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im Auslegungswege findet ihre Grenzen an dem nach der innerstaatlichen Rechtstradition **methodisch Erlaubten**.⁶¹

Nach diesen Maßgaben verwirft der Senat eine **teleologische Reduktion** des § 357 Abs. 1 BGB a.F. dahin, dass die in dieser Vorschrift vorgesehene Verweisung auf § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB auf im Wege des Fernabsatzes geschlossene Verbraucherdarlehensverträge keine Geltung beansprucht. Eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt wie eine Analogie eine **verdeckte Regelungslücke** im Sinne einer **planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes** voraus. Eine solche verneint der Senat. Er sieht sich nicht befugt, die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, die Geltung des neuen Rechts auf die Zukunft zu beschränken, zu revidieren.⁶²

Das **Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 04. Juni 2020 (C-301/18 – Leonhard, WM 2020, 1190)**, in dem der Gerichtshof entschieden hat, Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2002/65/EG sei dahin auszulegen, dass ein Verbraucher, der sein Widerrufsrecht in Bezug auf einen im Fernabsatz mit einem Anbieter geschlossenen Darlehensvertrag ausübt, von

⁶⁰ Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 77/22](#) – juris; vgl. auch die weitgehend parallele Entscheidung vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris.

⁶¹ a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁶² a.a.O. – juris, Rn. 21 mit Bezug auf Beschluss vom 12. Januar 2016 – [XI ZR 366/15](#) – juris, Rn. 19 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2016; ebenso nachfolgend Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris, Rn. 18.

dem Anbieter vorbehaltlich der Beträge, die er selbst unter den in Art. 7 Abs. 1 und 3 dieser Richtlinie genannten Bedingungen an ihn zahlen muss, die Erstattung der zur Erfüllung des Vertrags gezahlten Tilgungs- und Zinsbeträge verlangen kann, **nicht aber Nutzungersatz auf diese Beträge**, ändert daran nach der Beurteilung des Senats nichts. Auch dies legitimiert den Senat nach seiner Auffassung nicht, § 357 Abs. 1 BGB a.F. entgegen dem ausdrücklichen Willen des nationalen Gesetzgebers für im Fernabsatz geschlossene Verbraucherdarlehensverträge teleologisch reduzieren.⁶³

Eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes kann nach Auffassung des Senats nicht unter Hinweis darauf konstruiert werden, der Gesetzgeber habe ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien jedenfalls den zwingenden Vorgaben der Richtlinie 2002/65/EG genügen wollen. Der Senat entnimmt den Gesetzgebungsmaterialien im Gegenteil den Beleg, dass der Gesetzgeber mit der Verweisung in § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. auf § 346 Abs. 1 BGB einen **Nutzungersatzanspruch des Verbrauchers bewusst schaffen wollte**. Denn dort heißt es für den Senat unmissverständlich, dass im Fall des Widerrufs gemäß § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V. mit § 346 Abs. 1 BGB nicht nur die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, sondern auch die gezogenen Nutzungen herauszugeben sind. Im Einklang hiermit sieht der Senat die Ausführungen in den Gesetzgebungsmaterialien zu dem späteren Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie vom 20. September 2013. Auch dort heißt es, dass dem Darlehensnehmer gegen den Darlehensgeber im Fall des Widerrufs von Verbraucherdarlehensverträgen bisher ein Anspruch auf Herausgabe oder Ersatz von Nutzungen über § 346 BGB zugestanden habe. Damit ergibt sich für den Senat nicht nur aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut und der Gesetzessystematik, sondern auch aus der Gesetzesbegründung, dass eine planwidrige Regelungslücke nicht vorliegt.⁶⁴

⁶³ Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 77/22](#) – juris, Rn. 23; ebenso nachfolgend Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris, Rn. 19.

⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 25 f.; ebenso nachfolgend Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris, Rn. 20.

Im Ergebnis hat der Senat daher angenommen, dass die darlehensgebende Bank dem Darlehensnehmer die mutmaßlich gezogenen **Nutzungen aus den erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen erstatten muss**.⁶⁵

Im Hinblick auf den **zugunsten der Beklagten** in die Verrechnung der wechselseitigen Rückabwicklungsansprüche eingestellten **Wertersatzanspruch** hatte der Senat weiter Gelegenheit, sich mit der Auslegung von **§ 312d Abs. 6 BGB a.F. i.V. mit § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 BGB** zu befassen.⁶⁶

Nach § 312d Abs. 6 BGB a.F. hat der Verbraucher bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen abweichend von § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten, wenn er **vor Abgabe seiner Vertragserklärung** auf diese **Rechtsfolge hingewiesen** worden ist und wenn er **ausdrücklich zugestimmt** hat, dass der Unternehmer **vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt**.⁶⁷

Ein Hinweis nach dieser Vorschrift kann nach Ansicht des Senats **im Rahmen der Widerrufsbelehrung** erteilt werden. Auch muss der Wertersatzanspruch, wie der Senat weiter annimmt, in dem nach § 312d Abs. 6 BGB a.F. zu erteilenden Hinweis **der Höhe nach nicht konkret beziffert** werden.⁶⁸ Denn der vom Darlehensnehmer geschuldete Wertersatz bemisst sich gemäß § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB nach der im Vertrag vereinbarten Gegenleistung und damit nach dem **Vertragszins**. Sowohl die vereinbarte Verzinsung als auch die Dauer der Kapitalüberlassung, die der Darlehensnehmer mit seinen Rückzahlungen selbst bestimmt, sind diesem bekannt und legen die Höhe der Wertersatzpflicht fest. Dem **Darlehensgeber** ist es

⁶⁵ Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 77/22](#) – juris, Rn. 16.

⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 27; ebenso im Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris, Rn. 21 ff.

⁶⁷ Urteile vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 77/22](#) – juris, Rn. 27; vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris, Rn. 22.

⁶⁸ a.a.O. – juris, Rn. 31 f.

deshalb nach Auffassung des Senats **nicht möglich**, zu einem Zeitpunkt vor Vertragsabschluss seinen Wertersatzanspruch für den Fall eines später erklärten Widerrufs konkret zu beziffern. Der **Darlehensnehmer** ist zudem für den Senat nicht schutzbedürftig, weil ihm die **erforderlichen Informationen zur Berechnung des Wertersatzanspruchs zur Verfügung** stehen.⁶⁹

Danach hat der Senat angenommen, dass die dem Hauptdarlehensvertrag beigefügte **Widerrufsbelehrung** einen den Anforderungen genügenden **Hinweis** im Sinne des § 312d Abs. 6 BGB a.F. enthalten hat. Hierfür genügte dem Senat die Angabe, dass im Fall des Widerrufs für den Zeitraum, in dem das Darlehen zur Verfügung gestellt war, Wertersatz zu leisten und dass für die Berechnung des Wertersatzes der im Darlehensvertrag vereinbarte Zinssatz zugrunde zu legen ist.⁷⁰

Eine **ausdrückliche Zustimmung i.S. des § 312d Abs. 6 BGB a.F.** liegt nach dem Dafürhalten des Senats in dem **Abruf des Darlehens** durch den Darlehensnehmer. Mit einer solchen Erklärung, mit der er den Darlehensgeber **aktiv zur Leistung auffordert**, stimmt er nach dem Verständnis des Senats dem Beginn der Ausführung der Dienstleistung durch den Darlehensgeber **vor Ende der Widerrufsfrist** zu, wenn diese zum Zeitpunkt der Erklärung **noch nicht abgelaufen** ist.⁷¹ Die Frage, ob dem Verbraucher bei seiner Zustimmung zur Vertragsdurchführung die **Rechtsfolgen** seines Handelns vor Augen stehen müssen, stellt sich für den Senat in dieser Konstellation nicht. Seiner Ansicht nach muss der Verbraucher auch nicht zusätzlich darauf hingewiesen werden, dass der Zeitpunkt der Ausführung der Dienstleistung vor dem Ablauf der Widerrufsfrist liegt. Denn § 312d Abs. 6 BGB verpflichtet nur zu einem Hinweis auf die Wertersatzpflicht.⁷²

⁶⁹ Urteile vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 77/22](#) – juris, Rn. 32; vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris, Rn. 29.

⁷⁰ a.a.O. – juris, Rn. 29 f.

⁷¹ a.a.O. – juris, Rn. 34; vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris, Rn. 31.

⁷² Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris, Rn. 31.

Im Ergebnis hat der Senat deshalb Ansprüche der Beklagten auf Herausgabe der von den Klägern erlangten Gebrauchsvorteile für die überlassene Darlehensvaluta nach § 312d Abs. 6 BGB a.F. i.V. mit § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 BGB, die sich nach dem Vertragszins richten, bejaht.⁷³

Dies führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, damit sich das Berufungsgericht mit der Höhe des Nutzungersatzanspruchs der Kläger befassen kann. Das Berufungsgericht hatte diese Ansprüche mit einer unionsrechtskonformen Rechtsfortbildung verneint.

cc)

Auch die bereits zitierte Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 17. Oktober 2023⁷⁴ befasst sich mit der **Auslegung von § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB** in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung und von **§ 312d Abs. 6 BGB** in der bis zum 3. August 2009 geltenden Fassung.

In diesem Verfahren hat der Senat ebenfalls angenommen, dass der in der Widerrufsbelehrung enthaltene Hinweis ausreichend über die Rechtsfolge im Sinne des § 312d Abs. 6 BGB a.F. informiert.⁷⁵ Dieser lautete – sprachlich leicht abweichend von jenem im Verfahren XI ZR 77/22 – dahin, dass bei einer form- und fristgerechten Erklärung des Widerrufs die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und gegebenenfalls gezogene Nutzungen (z.B. Zinsen) herauszugeben sind. Es wird angegeben, dass – wenn die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht zurückgewährt werden kann – insoweit gegebenenfalls Wertersatz zu leisten ist.⁷⁶

⁷³ Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 77/22](#) – juris, Rn. 27.

⁷⁴ Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris.

⁷⁵ a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁷⁶ a.a.O. – juris, Rn. 24.

Aus dieser Widerrufsbelehrung ergibt sich für den Senat ausreichend, dass ein Rückgewährverhältnis entsteht und dass der Verbraucher zur **Leistung von Wertersatz** für die empfangenen Leistungen und für die gezogenen Nutzungen verpflichtet sein kann.⁷⁷

Zudem war es nach Ansicht des Senats ausreichend, dass zwar nicht in der Widerrufsbelehrung, aber in dem Infoblatt „Information und Merkblatt zum Baufinanzierungsdarlehen für den Verbraucher“ angegeben ist, dass die Verpflichtung zur Leistung von Wertersatz dazu führen könne, dass der Kunde die **vertraglichen Zahlungsverpflichtungen** für den Zeitraum bis zum Widerruf gleichwohl erfüllen müsse.⁷⁸

Noch deutlicher als im Verfahren XI ZR 77/22⁷⁹ hebt der Senat hervor, dass der Wertersatzanspruch in dem nach § 312d Abs. 6 BGB a.F. zu erteilenden Hinweis **der Höhe nach nicht beziffert** werden muss. Dem Wortlaut nach muss sich dieser Hinweis **nur auf die Rechtsfolge** und somit auf die **Verpflichtung zur Leistung von Wertersatz** beziehen. Der Senat argumentiert weiter damit, dass der Gesetzgeber eine umfassendere Informationspflicht an anderer Stelle geregelt hat. Er hat nämlich vorgesehen, dass „Informationen über den Betrag, den der Verbraucher im Fall des Widerrufs oder der Rückgabe gemäß § 357 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die erbrachte Dienstleistung zu zahlen hat“, gemäß § 312c Abs. 1 BGB in der vom 8. Dezember 2004 bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung zu erteilen sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV in der vom 8. Dezember 2004 bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung). Es ist daher nach Auffassung des Senats ausreichend, wenn Angaben zur Höhe des Anspruchs **in den vorvertraglichen Informationen** enthalten sind.⁸⁰

⁷⁷ a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁷⁸ a.a.O. – juris, Rn. 26.

⁷⁹ Urteil vom 04. Juli 2023 – [XI ZR 77/22](#) – juris, Rn. 31 f. mit der Wendung: „... der Höhe nach nicht konkret beziffert ...“

⁸⁰ Urteil vom 17. Oktober 2023 – [XI ZR 160/22](#) – juris, Rn. 28.

Dies führte aus den gleichen Gründen wie im Verfahren XI ZR 77/22 zur Aufhebung und Zurückverweisung, (nur) soweit das Berufungsgericht die Berufung hinsichtlich des von dem Kläger beanspruchten **Nutzungersatzes** betreffend die Rückabwicklung der Darlehensverträge zurückgewiesen hat.

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

a)

Einwendungen des Zahlungsdienstnutzers aus der Rechtsbeziehung zu dem Zahlungsempfänger, mit denen er geltend macht, dass die **Ansprüche des Zahlungsempfängers nicht** oder nicht in der geforderten Höhe **bestehen**, werden **von § 676b Abs. 2 Satz 1 BGB nicht erfasst**. Dies gilt auch dann, wenn Zahlungsdienstleister und Zahlungsempfänger **identisch** sind.

Der **Bürge** muss die vom Zahlungsdienstnutzer als Hauptschuldner **nicht beanstandeten unautorisierten** oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgänge gegen sich gelten lassen, wenn die Ansprüche und Einwendungen des Hauptschuldners wegen **Fristablaufs** nach § 676b Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen sind. Bleibt ein Zahlungsdienstnutzer nach einem nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgang **untätig**, stellt dies **keinen Verzicht** im Sinne des § 768 Abs. 2 BGB dar.

Die vom Zahlungsdienstleister gemäß § 676b Abs. 2 Satz 2 BGB zu erbringende **Unterrichtung des Zahlungsdienstnutzers** hat bei einem Zahlungsdiensterahmenvertrag gemäß Art. 248 § 7 EGBGB als **Mitteilung** zu erfolgen. Dies bedeutet, dass der Zahlungsdienstleister die erforderlichen Informationen **von sich aus übermittelt**, ohne dass der Zahlungsdienstnutzer diese anfordern muss. Ein **bloßes Zugänglichmachen** der Informationen reicht nur aus, wenn dies der Zahlungsdienstnutzer und der

Zahlungsdienstleister gemäß Art. 248 § 10 EGBGB **vereinbart** haben. Dies hat der Senat in seinem Grundsatzurteil vom 11. Juli 2023⁸¹ ausgesprochen.

Nach § 676b Abs. 2 Satz 1 BGB sind **Ansprüche und Einwendungen des Zahlungsdienstnutzers** gegen den Zahlungsdienstleister nach dem Unterkapitel 3 **ausgeschlossen**, wenn dieser seinen Zahlungsdienstleister nicht spätestens 13 Monate nach dem Tag der Belastung mit einem nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgang hiervon unterrichtet hat. Der Senat sieht auch **Belastungsbuchungen von Gebühren-, Zins- und Provisionsansprüchen des Zahlungsdienstleisters selbst** als Zahlungsvorgänge im Sinne dieser Vorschrift an.⁸² Dass der Zahlungsdienstleister insoweit **nur für sich und nicht für einen anderen** tätig wird, ändert für den Senat nichts daran, dass es hierbei zu dem für den Begriff des „Zahlungsvorgangs“ i.S. des § 675f Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. charakteristischen **Abfluss und Zufluss von Buchgeld** kommt. Dieser Vorgang spielt sich zudem zwischen einem Zahler und einem Zahlungsempfänger ab. Denn der Bank kommt insoweit gegenüber dem Kontoinhaber nicht nur die Funktion als Zahlungsdienstleisterin zu, sondern auch als **Zahlungsempfängerin**.⁸³

§ 676b Abs. 2 Satz 1 BGB umfasst in der Auslegung des Senats jedoch nur die Einwendungen, mit denen sich der Zahlungsdienstnutzer auf eine fehlende Autorisierung der Zahlungsvorgänge beruft. Einwendungen, mit denen er geltend macht, dass die beanspruchten Gebühren-, Zins- und Provisionsansprüche nicht oder nicht in der geforderten Höhe bestehen, fallen nach Ansicht des Senats nicht unter § 676b Abs. 2 BGB.⁸⁴

⁸¹ Urteil vom 11. Juli 2023 – [XI ZR 111/22](#) – juris.

⁸² a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁸³ a.a.O. – juris, Rn. 23.

⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 24.

Dies folgt für den Senat aus dem **Wortlaut** und dem **Sinn und Zweck** der Vorschrift. Die Konstellation, dass der Zahlungsdienstnutzer das **Bestehen eines Anspruchs des Zahlungsempfängers bestreitet**, wird nicht erfasst, weil es sich dabei nach der Beurteilung des Senats weder um einen nichtautorisierten Zahlungsvorgang noch um eine fehlerhafte Ausführung eines Zahlungsauftrags handelt. Die Autorisierung ist, wie sich aus § 675j Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, die Erklärung des **Einverständnisses** des Zahlers gegenüber dem Zahlungsdienstleister mit dem **Zahlungsvorgang als tatsächlichem Ereignis**, nicht hingegen die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft oder einer Verfügung.⁸⁵ Die Vorschrift soll nach dem Verständnis des Senats nur regeln, innerhalb welcher Frist der Zahlungsdienstnutzer von dem Zahlungsdienstleister die **Korrektur von Fehlern** verlangen kann, die bei der **Vornahme des tatsächlichen Zahlungsflusses** erfolgt sind. Die davon wesentlich unterschiedlichen Ansprüche und Einwendungen des Zahlungsdienstnutzers gegen den Zahlungsempfänger im **Valutaverhältnis** werden von der Vorschrift daher nach seiner Lesart nicht erfasst.⁸⁶ Eine andere Beurteilung ist nach Ansicht des Senats auch dann nicht geboten, wenn der **Zahlungsdienstleister zugleich auch der Zahlungsempfänger** ist.⁸⁷

Wie der Senat weiter ausgesprochen hat, wirkt sich ein **Einwendungsausschluss** nach § 676b Abs. 2 Satz 1 BGB aufgrund der Bestimmungen des Bürgschaftsrechts **zulasten des Bürgen** aus.⁸⁸ Der dort verankerte Grundsatz der **Akzessorietät** führt dazu, dass auch der Bürge die vom Hauptschuldner nicht beanstandeten unautorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgänge gegen sich gelten lassen muss, wenn die Ansprüche und Einwendungen des Hauptschuldners wegen Fristablaufs nach

⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 26.

⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 27.

⁸⁸ a.a.O. – juris, Rn. 29.

§ 676b Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen und daher automatisch erloschen sind.⁸⁹ Der Bürgschaftsvertrag zwischen einem Zahlungsdienstleister und einem Bürgen wird nach der Beurteilung des Senats weder durch die Bestimmungen der Richtlinie 2007/64/EG noch durch irgendein anderes Instrument des **Unionsrechts** geregelt.⁹⁰ Das Unionsrecht trifft daher keine Aussage dazu, wie sich ein Einwendungsausschluss nach Art. 58 der Richtlinie 2007/64/EG auf das Bürgschaftsverhältnis auswirkt.⁹¹

Nach § 676b Abs. 2 Satz 2 BGB beginnt der Lauf der 13-monatigen Ausschlussfrist nur, wenn der Zahlungsdienstleister den Zahlungsdienstnutzer über die den Zahlungsvorgang betreffenden Angaben gemäß Artikel 248 §§ 7, 10 oder § 14 EGBGB **unterrichtet** hat.⁹² Die konkret geschuldete Art der Unterrichtung ergibt sich jeweils aus Art. 248 EGBGB. Der vorliegend anwendbare Art. 248 § 7 EGBGB verlangt, dass der Zahlungsdienstleister bestimmte Informationen mitteilt. „**Mitteilen**“ beinhaltet in der Auslegung des Senats, dass die erforderlichen Informationen vom Zahlungsdienstleister **von sich aus übermittelt** werden, ohne dass der Zahlungsdienstnutzer sie **ausdrücklich anfordern** muss.⁹³ Davon abzugrenzen ist das „**Zugänglichmachen**“, das neben der Bereitstellung der Information durch den Zahlungsdienstleister eine **aktive Beteiligung des Zahlungsdienstnutzers** erfordert. Dieser muss die Information beispielsweise ausdrücklich vom Zahlungsdienstleister anfordern, sich in die Mailbox des online geführten Zahlungskontos einloggen oder den Drucker für Kontoauszüge mit einer Kontokarte in Gang setzen.⁹⁴ Gemäß Art. 248 § 10 EGBGB steht es Zahlungsdienstleistern und -nutzern frei zu **vereinbaren**, dass in den Fällen der Art. 248 §§ 7 bis 9 EGBGB ein **Zugänglichmachen** **ausreicht**.⁹⁵

⁸⁹ a.a.O. – juris, Rn. 31.

⁹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 30.

⁹¹ a.a.O. – juris, Rn. 31.

⁹² a.a.O. – juris, Rn. 35.

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 39.

⁹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 40.

⁹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 41.

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, dass sich die Klägerin auf den Abrechnungssaldo zum 30. Juni 2017 deshalb berufen könne, weil der Bürge diesen Saldo aufgrund des in § 676b Abs. 2 BGB geregelten Einwendungsausschlusses nicht mehr bestreiten könne. Das hat der Senat aus den genannten Gründen als rechtsfehlerhaft angesehen. Soweit die Belastungsbuchungen eigene Gebühren-, Zins- und Provisionsansprüche der Klägerin betreffen, sind diese vom Einwendungsausschluss schon tatbestandlich nicht erfasst. Im Übrigen hat der Senat beanstandet, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat, die seine Annahme tragen, dass die Beklagte die Hauptschuldnerin über die Kennung und die übrigen Informationen im Sinne des § 676b Abs. 2 Satz 2 BGB unterrichtet hat. Denn das der Hauptschuldnerin angebotene **Online-Banking** stellt nur ein **Zugänglichmachen** dar.⁹⁶

b)

Nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 19. September 2023⁹⁷ lässt ein **Verstoß des Zahlungsdienstleisters** gegen das Verbot der **Mitwirkung an einer Zahlung im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel** nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 des Glücksspielstaatsvertrags 2011 die **Wirksamkeit der Autorisierung des Zahlers unberührt**.

Bei einem Zahlungsdiensterahmenvertrag nach § 675f Abs. 2 BGB steht dem Zahlungsdienstleister infolge der Ausführung **autorisierter Zahlungsvorgänge** ein Anspruch auf **Erstattung seiner Aufwendungen** aus § 675c Abs. 1, Abs. 2, § 670 BGB zu.⁹⁸ Dass die E-Geld-Zahlungen an ein **Online-casino** flossen, welches im Inland **verbotenes Glücksspiel** betreibt, führt

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 41.

⁹⁷ Urteil vom 19. September 2023 – [XI ZR 343/22](#) – juris.

⁹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 14 f.

nach der Rechtsprechung des Senats **nicht** dazu, dass die **Autorisierungen** gemäß § 134 BGB i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 GlüStV 2011 **nichtig** sind.⁹⁹

Eine abweichende Beurteilung folgt für den Senat nicht daraus, dass der Zahlungsdienstleister mit dem Onlinecasino sogenannte **Akzeptanz- bzw. Kooperationsverträge** abgeschlossen hat. Dabei handelt es sich nach der Beurteilung des Senats lediglich um den sogenannten **Akquisitionsvertrag i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 ZAG**, der als Rahmenvertrag das Zuwendungs- oder Vollzugsverhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsempfänger regelt. Die Annahme eines **darüberhinausgehenden Zusammenwirkens** des Zahlungsdienstleisters mit dem Onlinecasino bei der Glücksspielveranstaltung kann daraus nach dem Dafürhalten des Senats nicht abgeleitet werden.¹⁰⁰

Ein Anspruch der klagenden Zahlungsdienstleisterin auf Erstattung ihrer Aufwendungen aus § 675c Abs. 1, Abs. 2, § 670 BGB kann nach Ansicht des Senats nicht mit der Erwägung verneint werden, die Klägerin habe ihre Aufwendungen den Umständen nach **nicht für erforderlich halten dürfen**, weil die von ihr durchgeführten Zahlungen gegen das Verbot nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 GlüStV 2011 verstoßen hätten.¹⁰¹ Denn die Klägerin war zur Ausführung der autorisierten, nach dem Gesagten nicht nichtigen Zahlungsaufträge nach § 675o Abs. 2, § 675f Abs. 1 BGB **verpflichtet**.¹⁰²

Der Senat bejaht damit im Ergebnis den geltend gemachten **Zahlungsanspruch der Klägerin** gegen den Beklagten in Höhe von 2.500 € aus § 675c Abs. 1, § 670 BGB. Einen aufrechenbaren **Schadensersatzanspruch** nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB in nämlicher Höhe verwirft er. Aus dem Umstand, dass sich der Beklagte am unerlaubten Glücksspiel

⁹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 16 mit Bezug auf Beschluss vom 13. September 2022 – [XI ZR 515/21](#) – juris, Rn. 9 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2022.

¹⁰⁰ Urteil vom 19. September 2023 – [XI ZR 343/22](#) – juris, Rn. 17.

¹⁰¹ a.a.O. – juris, Rn. 18.

¹⁰² a.a.O. – juris, Rn. 19 f.

beteiligt und dabei den streitgegenständlichen Betrag in Höhe von 2.500 € verspielt hat, folgt für den Senat nicht, dass für die Klägerin wegen des an sie gerichteten Verbots nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 GlüStV 2011 eine **schadensersatzbewehrte Warnpflicht** bestanden hätte.¹⁰³

Nach der Rechtsprechung des Senats muss sich im bargeldlosen Zahlungsverkehr ein Zahlungsdienstleister grundsätzlich nicht um die beteiligten Interessen seiner Kunden kümmern, weil er nur zum Zweck der **technisch einwandfreien, einfachen und schnellen Abwicklung** tätig wird.¹⁰⁴ Eine ausnahmsweise doch mögliche Warnpflicht der Klägerin ist nach Ansicht des Senats schon deshalb zu verneinen, weil sich **der Beklagte selbst** am unerlaubten Glücksspiel beteiligt hat. Damit waren ihm die eine Warnpflicht begründenden **tatsächlichen Umstände bekannt** und es fehlte der Klägerin an einer **überlegenen Sachkunde**, die kennzeichnend für das Bestehen einer Warnpflicht ist. Nach dem Dafürhalten des Senats weiß ein Spieler, dass ihm durch seine Teilnahme am Glücksspiel ein **Vermögensschaden droht**. Auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen auch darüber, dass es sich um **unerlaubtes** Glücksspiel handelt, kommt es nach der Beurteilung des Senats nicht an. Denn ein drohender Vermögensschaden resultiert nach Ansicht des Senats gerade nicht aus dem Verbot unerlaubten Glücksspiels, sondern aus dem **jedem Glücksspiel immanenten Risiko**, dass Gewinne oder Verluste ungewiss und rein zufällig sind.¹⁰⁵

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Ersatz der getätigten Aufwendungen. Sie habe diese nicht für erforderlich halten dürfen, weil ihre Zahlungen an das Onlinecasino gegen das gesetzliche Verbot der Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 Alt. 3 des

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 23.

¹⁰⁴ a.a.O. – juris, Rn. 24.

¹⁰⁵ a.a.O. – juris, Rn. 25.

Glücksspielstaatsvertrags 2011 verstoßen hätten. Dem ist der Senat nicht gefolgt.

Seite 35 von 61

4.

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

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

5.

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

a)

Im Berichtszeitraum hatte der Bundesgerichtshof erneut Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum **Vorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftung** fortzuführen.

aa)

Nach dem Beschluss des XI. Zivilsenats vom 11. Juli 2023¹⁰⁶ kommt die Haftung eines **Gründungsgesellschafters** nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB **neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG** in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung in Betracht, wenn der Gründungsgesellschafter dadurch einen **zusätzlichen Vertrauenstatbestand** setzt, dass er entweder selbst den **Vertrieb der Beteiligungen an Anleger** übernimmt oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen **Vertrieb Verantwortung** trägt.

Demgegenüber schließt die **spezialgesetzliche Prospekthaftung gemäß §§ 20, 21 VermAnlG, §§ 9, 10, 14 WpPG** (Vorgängerfassung: §§ 21 ff. WpPG) sowie **§ 127 InvG** in der bis zum 21. Juli 2013 geltenden Fassung

¹⁰⁶ Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZB 20/21](#) – juris.

und **§ 306 KAGB** in ihrem Anwendungsbereich eine **Haftung eines Prospektverantwortlichen** unter dem Aspekt einer **vorvertraglichen Pflichtverletzung** aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden **Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung** gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB **auch dann aus**, wenn dieser den **Vertrieb** der Beteiligungen an Anleger übernimmt oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen Vertrieb Verantwortung trägt. Eine Haftung aus anderen Gründen als durch Verwenden einer Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung etwa wegen unrichtiger mündlicher Zusicherungen nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB ist dagegen nicht ausgeschlossen.

Der Senat bekräftigt erneut seine Auffassung, wonach die Haftung des Gründungsgesellschafters aus der sogenannten Prospekthaftung im weiteren Sinne gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB nicht auf die **Verwendung eines Prospekts als solche** gestützt werden, weil ein Anspruch auf dieser Grundlage durch die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung **verdrängt** wird.¹⁰⁷

Allerdings kann ein Gründungsgesellschafter Anlegern aus anderen Gründen als durch Verwenden einer Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung etwa wegen **unrichtiger mündlicher Zusicherungen** nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB haften. Insoweit schließt die spezialgesetzliche Prospekthaftung aus § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG a.F. eine Haftung aus c.i.c. nicht aus¹⁰⁸. Eine mündliche

¹⁰⁷ a.a.O. – juris, Rn. 37 mit Bezug auf Beschlüsse vom 19. Januar 2021 – [XI ZB 35/18](#) – juris, Rn. 22 ff., vom 14. Juni 2022 – [XI ZR 395/21](#) – juris, Rn. 7 ff. in der Fassung des Beschlusses vom 05. September 2022 – juris und vom 26. Juli 2022 – [XI ZB 23/20](#) – juris, Rn. 50 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2021 und II/2022; ferner Beschluss vom 13. Dezember 2022 – [XI ZB 10/21](#) – juris Rn. 12; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2023; vgl. ferner den eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZR 60/22](#) – juris, Rn. 6; vgl. ferner im Berichtszeitraum Beschlüsse vom 19. September 2023 – [XI ZB 16/21](#) – und – [XI ZB 19/21](#) – jeweils juris, Rn. 17.

¹⁰⁸ Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZB 20/21](#) – juris, Rn. 41 mit Bezug auf Beschlüsse vom 27. April 2021 – [XI ZB 35/18](#) – juris, Rn. 8 und vom 14. Juni 2022 – [XI ZR 395/21](#) – juris, Rn. 16; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2021 und II/2022; vgl. ferner Beschluss vom 13. Dezember 2022 – [XI ZB 10/21](#) – juris Rn. 17; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2023.

Zusicherung in diesem Sinne liegt aber nicht vor, wenn der Berater oder Vermittler anhand des Prospekts **lediglich dessen Inhalt im mündlichen Gespräch wiedergibt**. Denn ein Prospekt findet auch dann Verwendung, wenn er entsprechend dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft von den Anlagevermittlern oder -beratern als Arbeitsgrundlage für ihre Beratungsgespräche verwendet wird.¹⁰⁹

Wie der Senat nunmehr in Annäherung an die Rechtsprechung des II. Zivilsenats¹¹⁰ klarstellt, kommt die Haftung eines Gründungsgesellschafters nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB **neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG a.F.** auch dann in Betracht, wenn der Gründungsgesellschafter dadurch einen zusätzlichen Vertrauenstatbestand setzt, dass er entweder **selbst den Vertrieb** der Beteiligungen an Anleger übernimmt oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen Vertrieb **Verantwortung trägt**.¹¹¹ Der Senat begründet dies damit, dass der Gesellschafter, der das Vertriebskonzept entwickelt hat bzw. es umsetzt und der dadurch Einfluss auf die Personen nehmen kann, die mit dem Anlageinteressenten in Kontakt stehen, damit letztlich dasselbe Vertrauen in Anspruch nimmt, das zu dem Berater bzw. Vermittler selbst besteht. Dadurch wird dieser Gründungsgesellschafter zudem aus seiner bloß formalen Stellung als künftiger Vertragspartner des Beitrittsvertrages herausgehoben, was ihn von allen anderen Gründungs- und Altgesellschaftern unterscheidet.¹¹²

Die **Vertriebsverantwortung** kann durch verschiedene Umstände begründet werden. Vertriebsverantwortung trägt ein Altgesellschafter, wenn er selbst den Vertrieb übernimmt, beispielsweise als Vertriebsgesellschaft. Vertriebsverantwortung kann jedoch auch bestehen, wenn ein Altgesell-

¹⁰⁹ Beschluss vom 26. September 2023 – [XI ZR 311/22](#) – juris.

¹¹⁰ Beschluss vom 27. Juni 2023 – [II ZR 57/21](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2023.

¹¹¹ Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZB 20/21](#) – juris, Rn. 41; vgl. ferner im Berichtszeitraum Beschluss vom 19. September 2023 – [XI ZB 16/21](#) – juris, Rn. 21.

¹¹² Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZB 20/21](#) – juris, Rn. 42.

schafter den Vertrieb nicht selbst übernimmt. Vertriebsverantwortung tragen danach, soweit der Vertriebsauftrag von der Fondsgesellschaft erteilt wurde, die geschäftsführungsbefugten Altgesellschafter. Altgesellschafter tragen die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Aufklärung der Beteiligungsinteressenten aber nicht allein deswegen, weil ihr Alleingesellschafter aufgrund eines von der Fondsgesellschaft erteilten Auftrags den Vertrieb der Beteiligungen übernommen hat. Eine personelle Verflechtung eines Altgesellschafters mit der Vertriebsgesellschaft begründet ebenfalls keine Verantwortung für den Vertrieb.¹¹³

Die Haftung aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB aufgrund der übernommenen **Vertriebsverantwortung** besteht nach Auffassung des Senats **nur neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung aus § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG a.F.**. Die spezialgesetzliche Prospekthaftung gemäß **§§ 20, 21 VermAnlG, §§ 9, 10, 14 WpPG** (Vorgängerfassung: §§ 21 ff. WpPG) sowie **§ 127 InvG** in der bis zum 21. Juli 2013 geltenden Fassung und **§ 306 KAGB** schließt in ihrem Anwendungsbereich eine Haftung eines Prospektverantwortlichen unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB nach der Beurteilung des Senats **auch dann aus**, wenn dieser den **Vertrieb der Beteiligungen übernimmt** oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen Vertrieb Verantwortung trägt. Eine Haftung aus anderen Gründen als durch Verwenden einer Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung etwa wegen **unrichtiger mündlicher Zusicherungen** nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB ist demgegenüber nicht ausgeschlossen.¹¹⁴

¹¹³ a.a.O. – juris, Rn. 44; Beschlüsse vom 11. Juli 2023 – [XI ZR 60/22](#) – juris, Rn. 7; vom 25. Juli 2023 – [XI ZB 11/21](#) – juris, Rn. 16.

¹¹⁴ Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZB 20/21](#) – juris, Rn. 45.

Hinsichtlich der Vorschriften des § 127 InvG a.F. und des § 306 KAGB ergibt sich dies für den Senat schon daraus, dass deren **persönlicher Anwendungsbereich** auch diejenigen Personen umfasst, die Anteile im eigenen Namen gewerbsmäßig verkauft oder gewerbsmäßig den Verkauf der Anteile vermittelt oder die Anteile im fremden Namen verkauft haben. Vor diesem Hintergrund kann die hier dargestellte Vertriebsverantwortung im Bereich der genannten Vorschriften nach Ansicht des Senats **nur eine spezialgesetzliche Prospekthaftung begründen** und ist auf die Formen der Vertriebsverantwortung beschränkt, die vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst werden. Endgültig bestätigt hat dies der Gesetzgeber für die investmentrechtliche Prospekthaftung in den Augen des Senats mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz) vom 4. Juli 2013, das darauf gerichtet war, „ein in sich geschlossenes Regelwerk für Investmentfonds und ihre Manager zu schaffen.“¹¹⁵

Auch den **§§ 20, 21 VermAnIG** kommt nach der Beurteilung des Senats die dargestellte **Ausschlusswirkung** zu, was er näher damit begründet, dass die Vorschriften Teil eines vom Gesetzgeber weiterentwickelten Haftungsregimes sind, mit dem der Gesetzgeber von ihm erkannte **Schutzlücken schließen** wollte.¹¹⁶ Für **§§ 9, 10, 14 WpPG** gilt dies entsprechend.¹¹⁷

In dem betreffenden Kapitalanleger-Musterverfahren hat der Senat nach diesen Grundsätzen eine Haftung der Musterbeklagten zu 1 nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB für eröffnet angesehen, weil sie von der Beteiligungsgesellschaft mit der **Einwerbung des Beteiligungskapitals** und daher mit dem **Vertrieb beauftragt** worden ist. Hinsichtlich der Musterbeklagten zu 2 hat er hingegen eine **Vertriebsverantwortung verneint**, weil sie weder selbst Vertriebsgesellschaft ist noch innerhalb der Fondsgesellschaft geschäftsführungsbefugt ist.¹¹⁸

¹¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 47.

¹¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 48 ff.

¹¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 51.

¹¹⁸ a.a.O., Rn. 52; ebenso Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZR 60/22](#) – juris, Rn. 8.

Die geltend gemachten **Prospektfehler** hat der Senat mit dem Oberlandesgericht sämtlich **verneint**.¹¹⁹ Der Prospekt klärt nach Ansicht des Senats nicht unzureichend darüber auf, dass eine **Verknüpfung zwischen Chartermarkt und Secondhand-Preisen bei Gebrauchttonnage** besteht und der **Schiffswert hoch volatilen Schwankungen** ausgesetzt ist.¹²⁰ Die getroffenen **Prognosen** bezüglich der **Charterraten, der Betriebskosten und des Veräußerungserlöses** hat der Senat nicht als unrealistisch beanstandet.¹²¹ Der Prospekt weist nach der Lesart des Senats an mehreren Stellen auf die möglichen starken Schwankungen bei den Charterraten hin und macht gerade auch zu den Anschlusscharterraten deutlich, dass diese von den **jeweiligen Marktbedingungen** abhängen, die zum Zeitpunkt herrschen, in dem eine Anschlusscharter gefunden werden muss. Vor diesem Hintergrund ist dem Anleger nach Ansicht des Senats klar, dass der in der Prognose verwendete Wert von **starken Unsicherheiten** behaftet ist.¹²²

Nach der Beurteilung des Senats zu Unrecht wurden ferner ein unterlassener Hinweis auf die mögliche **Inanspruchnahme der Fondsgesellschaft durch Dritte**¹²³ sowie falsche Angaben über **steuerrechtliche Regelungen**¹²⁴ gerügt. In dieser Hinsicht hat es der Senat nicht beanstandet, dass der Prospekt bei der Darstellung der steuerrechtlichen Grundlagen maßgeblich auf die zum **Zeitpunkt der Aufstellung geltende Verwaltungspraxis** der Finanzämter Bezug nimmt und auf dieser Grundlage auch die Prognoserechnungen vorgenommen hat. Trotz eines bereits ergangenen Urteils des Bundesfinanzhofs, das diese Praxis in Frage stellte, genügte dem Senat der Hinweis im Prospekt, dass **Weiterentwicklungen des Steuerrechts** sowie der Rechtsprechung und der Verwaltungsauffassung

¹¹⁹ Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZB 20/21](#) – juris, Rn. 53 ff.

¹²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 56 ff.

¹²¹ a.a.O. – juris, Rn. 60 ff.

¹²² a.a.O. – juris, Rn. 62.

¹²³ a.a.O. – juris, Rn. 67 ff.

¹²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 70 ff.

sowie deren Interpretation zu einer anderen steuerrechtlichen Bewertung des Sachverhalts führen können.¹²⁵

Seite 41 von 61

Dies führte zur Bestätigung des Musterentscheids des Oberlandesgerichts. Das Oberlandesgericht hatte sämtliche Feststellungsziele als unbegründet zurückgewiesen.

bb)

Im Zusammenhang mit den Voraussetzungen einer **Aussetzung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG** hat der XI. Zivilsenat mit Beschluss vom 25. Juli 2023¹²⁶ erneut den grundsätzlichen **Vorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftung** nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung bekräftigt.¹²⁷ Dieser gilt, wie der Senat ebenfalls bestätigt, auch im Hinblick darauf, dass der Kläger seine Beteiligung erst mehr als ein Jahr nach dem Zeitpunkt des ersten öffentlichen Angebots im Inland gezeichnet hat, d.h. **nach Ablauf** der in § 13 Abs. 1 Nr. 1 VerkProspG a.F., § 44 Abs. 1 Satz 1 BörsG a.F. bestimmten **Sechs-Monats-Frist**.¹²⁸

Der Senat sieht sowohl die Beklagte zu 1 als auch die Beklagte zu 2 als **Prospektveranlasser** im Sinne von § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG a.F. an. Dafür reicht es aus, dass sie **Gründungsgesellschafter** der Fondsgesellschaft mit einer Kommanditeinlage von 12.000 € bzw. 1.000 € sind.¹²⁹ Dies gilt für die Beklagte zu 2 ungeachtet des Umstands, dass sie nicht nur Gründungsgesellschafterin, sondern auch **Treuhandkommanditistin** ist. Hier-

¹²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 71 f.

¹²⁶ Beschluss vom 25. Juli 2023 – [XI ZB 11/21](#) – juris.

¹²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 12 ff.

¹²⁸ a.a.O., Rn. 17 mit Bezug auf Beschluss vom 14. Juni 2022 – [XI ZR 395/21](#) – juris, Rn. 8 ff. in der Fassung des Beschlusses vom 5. September 2022 – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2022; ferner Beschluss vom 13. Dezember 2022 – [XI ZB 10/21](#) – juris Rn. 18; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2023.

¹²⁹ Beschluss vom 25. Juli 2023 – [XI ZB 11/21](#) – juris, Rn. 14, Rn. 21.

durch wird ihre Stellung als „Hintermann“ und somit als Prospektveranlasser im Sinne von § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG a.F. nach Ansicht des Senats noch verstärkt.¹³⁰

Die **Rechtsbeschwerde** der Beklagten zu 2 gegen die **Aussetzung des Verfahrens** hatte damit Erfolg. Die Klage gegen die Beklagte zu 2 ist, anders als es das Beschwerdegericht beurteilt hatte, im Hinblick auf die in dem Musterverfahren streitgegenständlichen Feststellungsziele **abweisungsreif**, weil der insoweit lediglich auf § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB wegen der Verwendung eines unrichtigen oder unvollständigen Prospekts gestützte Anspruch durch die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung verdrängt wird. Eine Aussetzung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG ist daher ausgeschlossen.¹³¹

cc)

Die **Altgesellschafter einer Publikumskommanditgesellschaft** unterliegen nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes vom 28. Oktober 2004 gegenüber dem beitriftswilligen Anleger einer durch die Regelungen des **Verkaufsprospektgesetzes** in ihrem persönlichen Anwendungsbereich und ihrer Reichweite **näher ausgeformten und sanktionierten Aufklärungspflichten**. **Darüber hinausgehende Aufklärungspflichten nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB** treffen die Altgesellschafter einer Publikumskommanditgesellschaft nur dann, wenn sie entweder **selbst den Vertrieb** der Beteiligungen an Anleger übernehmen oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen **Vertrieb Verantwortung** tragen.

Ein Altgesellschafter ist für den Vertrieb der Beteiligungen in sonstiger Weise verantwortlich, wenn er gegebenenfalls mit weiteren Altgesellschaftern eine **beherrschende Stellung** in der Gesellschaft ausüben kann, die

¹³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 22 mit Bezug auf Beschlüsse vom 20. September 2022 – [XI ZB 34/19](#) – juris, Rn. 60 und vom 22. November 2022 – [XI ZB 28/21](#) – juris, Rn. 22 ff.; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht II/2022.

¹³¹ Beschluss vom 25. Juli 2023 – [XI ZB 11/21](#) – juris, Rn. 20.

den Vertrieb der Beteiligungen übernommen hat. **Vertriebsverantwortung** trägt daneben auch der Altgesellschafter, der einen anderen mit dem Vertrieb der Beteiligungen **beauftragt**. Soweit die **Fondsgesellschaft** den Vertriebsauftrag erteilt, tragen die Vertriebsverantwortung die **geschäftsführungsbefugten Altgesellschafter**.

Das hat der II. Zivilsenat am 24. Oktober 2023,¹³² anknüpfend an seine in derselben Verfahrensserie ergangenen **Hinweisbeschlüsse** vom 27. Juni 2023,¹³³ entschieden.

Im Ausgangspunkt hält der II. Zivilsenat zwar an seiner Rechtsprechung fest, wonach die **spezialgesetzliche Prospekthaftung gemäß den § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG** in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung in ihrem Anwendungsbereich eine gesellschaftsrechtliche **Haftung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung** aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB nicht ausschließt.¹³⁴ Er schränkt jedoch unter Berücksichtigung der vom XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs für seine abweichende Rechtsauffassung zum Verhältnis der spezialgesetzlichen Prospekthaftung und der sog. Prospekthaftung im weiteren Sinne angeführten Gründe die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss ein. Aufklärungspflichten nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB treffen die **Altgesellschafter** einer Publikumskommanditgesellschaft nur (noch) dann, wenn sie entweder selbst den **Vertrieb** der Beteiligungen an Anleger übernehmen oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen Vertrieb Verantwortung tragen.¹³⁵

¹³² Urteil vom 24. Oktober 2023 – [II ZR 57/21](#) –; vgl. auch die Parallelentscheidungen – [II ZR 58/21](#) – und – [II ZR 59/21](#) – vom gleichen Tag.

¹³³ Hinweisbeschluss vom 27. Juni 2023 – [II ZR 57/21](#) –, – [II ZR 58/21](#) – und – [II ZR 59/21](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2023.

¹³⁴ Urteil vom 24. Oktober 2023 – [II ZR 57/21](#) – juris, Rn. 9.

¹³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 11, Rn. 15 ff., Rn. 27.

Die weitgehende haftungsrechtliche Erfassung der Altgesellschafter mit einer **typisierten Aufklärungspflicht** im Zusammenhang mit dem **öffentlichen Angebot** der Vermögensanlage legt nach Auffassung des Senats eine **Neuausrichtung** der nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB bestehenden Aufklärungspflichten nahe, in der die **Legitimation einer schärferen Haftung** zum Ausdruck kommt. Soweit der Beitritt der Anleger im Stadium der Vertragsanbahnung dem **Einfluss- und Verantwortungsbereich des Altgesellschafters entzogen** ist, kann eine **Aufklärungspflicht verneint** werden, weil der Anleger keinen Anlass hat, sein **Verhandlungsvertrauen** einem von der Mitwirkung ausgeschlossenen Gesellschafter entgegenzubringen. Demgegenüber trifft die Altgesellschafter, die entweder selbst den Vertrieb der Beteiligungen an Anleger übernehmen oder für den von einem Dritten übernommenen **Vertrieb Verantwortung** tragen, nach Auffassung (auch) des II. Zivilsenats ungeachtet einer daneben bestehenden Haftung unter dem Gesichtspunkt der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nach §§ 13, 13a VerkProspG a.F., §§ 44 ff. BörsG a.F. die Pflicht zur Aufklärung über alle Umstände, die für die Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können.¹³⁶ Die **Verantwortung der Altgesellschafter für den Vertrieb** der Beteiligungen wird nach Ansicht des Senats von den Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nach §§ 13, 13a VerkProspG a.F. im Hinblick auf die Anknüpfung an ein (ggf. unterlassenes) öffentliches Angebot **nicht erfasst** und vermag daher eine verschärfte Haftung zu legitimieren.¹³⁷

Altgesellschafter tragen für den Vertrieb der Beteiligungen Verantwortung, wenn sie den Vertrieb selbst übernehmen. In gleicher Weise ist ein Altgesellschafter nach Auffassung des Senats verantwortlich, wenn er – gegebenenfalls mit weiteren Altgesellschaftern – eine **beherrschende Stellung** in der **Gesellschaft** ausüben kann, die den **Vertrieb der Beteiligungen**

¹³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 27.

¹³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 28.

übernommen hat.¹³⁸ Vertriebsverantwortung trägt daneben auch der Altgesellschafter, der einen anderen mit dem Vertrieb der Beteiligungen **beauftragt**. Soweit die **Fondsgesellschaft** den Vertriebsauftrag erteilt, tragen die Vertriebsverantwortung die **geschäftsführungsbefugten Altgesellschafter**.¹³⁹ (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2023 - II ZR 57/21, ZIP 2023, 1588; Beschluss vom 11. Juli 2023 - XI ZB 20/21, WM 2023, 1692 Rn. 44). Der Senat begründet dies damit, dass es in diesen Fällen dem Altgesellschafter obliegt, dem Dritten die für eine ordnungsgemäße Aufklärung der Beitrittsinteressenten notwendigen Informationen zu verschaffen. Es unterliegt zudem nach Ansicht des Senats seiner Verantwortung, dass der Dritte geeignete Vertriebskanäle auswählt und ausreichend qualifiziertes Personal für die Verhandlungen über einen Beitritt einsetzt. In der Kommanditgesellschaft sind im Regelfall die persönlich haftenden Gesellschafter geschäftsführungsbefugt (§ 164 Satz 1 HGB). Daneben kommt eine Haftung der Altkommanditisten in Betracht, soweit sie nach dem Gesellschaftsvertrag geschäftsführungsbefugt sind. Sind die persönlich haftenden Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, tragen sie keine Vertriebsverantwortung.¹⁴⁰

Wie der Senat weiter klarstellt, ist der Altgesellschafter, der **nicht** selbst den Vertrieb der Beteiligungen übernimmt und den **keine Verantwortung für den Vertrieb** trifft, auch dann nicht allein aufgrund seiner Gesellschafterstellung nach den Grundsätzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsabschluss für die Aufklärung der Anleger verantwortlich, wenn er **nicht Adressat der Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung** ist. Die spezialgesetzliche Prospekthaftung trifft nicht nur die Aussage, wer aus ihr haftet, sondern ebenso, wer nicht aus ihr haftet. Es wäre nach Ansicht des Senats wertungswidersprüchlich, für den Kreis derjenigen Altgesellschafter, die nicht als Prospektveranlasser anzusehen sind und die nach

¹³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 30 mit Zustimmung zu Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZB 20/21](#) – juris, Rn. 44, s.o.

¹³⁹ Urteil vom 24. Oktober 2023 – [II ZR 57/21](#) – juris, Rn. 31 mit Zustimmung zu Beschluss vom 11. Juli 2023 – [XI ZB 20/21](#) – juris, Rn. 44, s.o.

¹⁴⁰ Urteil vom 24. Oktober 2023 – [II ZR 57/21](#) – juris, Rn. 31.

den Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung **keine typisierte Aufklärungspflicht** trifft, weitergehende allgemeine Aufklärungspflichten vorzusehen, obwohl sie das dafür maßgebliche **besondere Haftungselement** in ihrer Person nicht verwirklichen.¹⁴¹

Hiervon ausgehend hat der Senat die Beklagten als **vertriebsverantwortlich** angesehen. Die Beklagten waren bis zum Neuabschluss des Gesellschaftsvertrags am 9. März 2009 **geschäftsführungsbefugt**. Die Beklagte zu 2 war als Komplementärin überdies berechtigt, im Namen der Gesellschaft mit der HTGA GmbH den Konzeptionsvertrag und den Vertrag über die Einwerbung von Eigenkapital abzuschließen. Nach dem Vertrag über die Vermittlung von Eigenkapital sollte die **HTGA GmbH durch geeignete Maßnahmen Anleger gewinnen** und war berechtigt, hierfür leistungsfähige Dritte mit Vertriebsleistungen zu beauftragen, insbesondere Vertriebsvereinbarungen mit Banken, Sparkassen, privaten Anlageberatern und anderen Gesellschaften abzuschließen.¹⁴²

Für die Beklagte zu 1 hat der Senat unter diesen Umständen darauf abgestellt, dass sie als **geschäftsführungsbefugte Kommanditistin** für die Anleger erkennbar Verantwortung für die **Auswahl der Vertriebsgesellschaft** trug und sicherzustellen hatte, dass diese die für die Aufklärung der Anleger **erforderlichen Informationen** erhielt. Dass die Beklagte zu 1 den Vertrag über die Einwerbung von Eigenkapital **nicht selbst** in Vertretung für die Kommanditgesellschaft abgeschlossen hat, ist für die Vertriebsverantwortlichkeit nach Ansicht des Senats ohne Belang.¹⁴³

Als vertriebsverantwortlich und damit aufklärungspflichtig hat der Senat, anders als noch im Hinweisbeschluss vom 27. Juni 2023, darüber hinaus auch die Beklagte zu 2 angesehen, weil sie als **geschäftsführungsbefugte**

¹⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 32.

¹⁴² a.a.O. – juris, Rn. 34.

¹⁴³ a.a.O. – juris, Rn. 35.

Gesellschafterin im vorliegenden Fall Verantwortung im Stadium der **Vorbereitung des Konzeptionsvertrags** und des Vertrags über die **Einwerbung von Eigenkapital** trug und nach dem **Gesellschaftsvertrag berechtigt** war, diese Verträge wie geschehen mit der HTGA GmbH abzuschließen. Dass die Aufklärungspflicht einen Umstand betrifft, der erst nach dem Neuabschluss des Gesellschaftsvertrags eingetreten ist, mit dem der Beklagten zu 2 die Geschäftsführungsbefugnis entzogen wurde, ist nach Auffassung des Senats nicht von Bedeutung. Nach seiner Argumentation muss sich die Vertriebsverantwortlichkeit des Gesellschafters nicht auf den jeweiligen aufklärungsbedürftigen Umstand beziehen.¹⁴⁴

Die **Aufklärung** des Klägers war nach dem Dafürhalten des Senats unzureichend, weil sie eine **wesentliche kapitalmäßige und personelle Verflechtung**, nämlich die Übernahme einer Beteiligung von 60% an der HTGA GmbH durch die H. GmbH, nicht leistete.¹⁴⁵ Hierin hat der Senat einen **aufklärungspflichtigen Interessenkonflikt** gesehen.¹⁴⁶ Diesen **nach der Herausgabe des Emissionsprospekts** veränderten Umstand, der für die Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung ist oder sein kann, hatten die Verantwortlichen durch **Prospektberichtigung oder gesonderte Mitteilung** offen zu legen.¹⁴⁷

Dies führte zur Bestätigung des Berufungsurteils. Schon das Berufungsgericht hatte angenommen, dass die Beklagten gegenüber dem Kläger eine vorvertragliche Pflicht zur Aufklärung gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB getroffen hat, deren Verletzung zu einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss führen kann. Es hatte deshalb einer entsprechenden Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen mangelnder Aufklärung über Verflechtungen stattgegeben.

¹⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 36.

¹⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 37 ff., 44 ff.

¹⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 46.

¹⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 38.

b)

Beim **Zweiterwerb von Fondsanteilen** gehen **nicht in den Anteilscheinen verbriefte Sekundäransprüche** auf den Zweiterwerber nur über, wenn sie mit dem verbrieften Recht mitübertragen worden sind. Das hat der III. Zivilsenat in Fortführung seiner Urteile vom 21. April 2022¹⁴⁸ und vom 02. März 2023¹⁴⁹ am 21. September 2023¹⁵⁰ entschieden.

In dieser Entscheidung äußert sich der Senat ferner zur **Pflicht des Gerichts zu prüfen**, ob auf den geltend gemachten Anspruch deutsches oder **ausländisches Sachrecht** anzuwenden ist.

Der **Investmentvertrag** kommt nur bei der **erstmaligen Ausgabe** von Anteilen zwischen der Kapitalverwaltungsgesellschaft und dem Ersterwerber zustande.¹⁵¹ Werden bereits ausgegebene Fondsanteile im Wege eines sogenannten **Zweiterwerbs** - der auch ein Letzterwerb in einer aus mehreren Personen bestehenden Erwerbsskette sein kann - erworben, tritt der Erwerber aufgrund eines **Rechtskaufs** im Sinne des § 453 BGB in sämtliche Rechte und Pflichten des Ersterwerbers aus dem Investmentvertrag ein.¹⁵²

Dies bedeutet aber – wie der Senat nunmehr ausführt – nicht, dass auch etwaige **bereits zuvor in der Person der Ersterwerberin entstandene Sekundäransprüche** - seien es solche aus ungerechtfertigter Bereicherung, seien es solche auf Schadensersatz wegen Verletzung von Pflichten aus dem Investmentvertrag - ohne weiteres **auf den Zweiterwerber übergegangen** sind.¹⁵³ Im Streitfall erfolgte die Zahlung der Ausgabeaufschläge, deren Rückerstattung der Kläger (Zweiterwerber) geltend macht, seitens der USB als Ersterwerberin **vor dem Erwerb** der Fonds-

¹⁴⁸ Urteil vom 21. April 2022 – [III ZR 268/20](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2022.

¹⁴⁹ Urteil vom 02. März 2023 – [III ZR 108/22](#) – juris; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2023.

¹⁵⁰ Urteil vom 21. September 2023 – [III ZR 139/22](#) – juris.

¹⁵¹ Urteil vom 21. September 2023 – [III ZR 139/22](#) – juris, Rn. 13.

¹⁵² a.a.O. – juris, Rn. 14.

¹⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 21.

anteile durch den Kläger. Etwaige Ansprüche wegen der unberechtigten Entnahme aus dem Fondsvermögen wären daher - die nicht wirksame Einbeziehung der die Ausgabeaufschläge regelnden Anlagebedingungen vorausgesetzt - vorliegend zunächst **in der Person der USB** entstanden. Sie hätten nach Ansicht des Senats eines **Übertragungsaktes** bedurft, um die Anspruchsinhaberschaft des Klägers zu begründen. Damit grenzt sich der Senat von den Sachverhalten ab, die Gegenstand der jüngeren Senatsrechtsprechung waren. Die dort streitgegenständlichen Vertriebsentgelte waren zu Zeitpunkten den jeweiligen Fondsvermögen entnommen, zu denen die dortigen Kläger - sei es im Wege des Erst-, sei es im Wege des Zweiterwerbs - **bereits Parteien der jeweiligen Investmentverträge** geworden waren. Etwaige Ansprüche wegen der unberechtigten Entnahme von Vertriebsentgelten aus dem Fondsvermögen entstanden daher unmittelbar in ihrer Person.¹⁵⁴

Der erforderliche **Übertragungsakt** liegt nach Ansicht des Senats nicht in dem auf die Fondsanteile bezogenen **Zweiterwerb und seinem Vollzug**. Gegenstand eines solchen Zweiterwerbs sind die **verbrieften** (oder elektronischen, vgl. § 95 Abs. 1 Satz 1 KAGB) **Anteilscheine**. Damit gehen zwar sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Investmentvertrag auf den Erwerber über. Denn diese Rechte und Pflichten sind in den Anteilscheinen verbrieft. Dagegen sind **Sekundäransprüche** auf Schadensersatz und aus ungerechtfertigter Bereicherung, die zuvor in der Person des Ersterwerbers entstanden sind, **nicht in den Anteilscheinen verbrieft**. Es handelt sich nach dem Dafürhalten des Senats auch nicht um im Verhältnis zu den verbrieften Rechten akzessorische Ansprüche, die ohne weiteres mit ersteren auf den Zweiterwerber übergehen.¹⁵⁵

¹⁵⁴ a.a.O. – juris, Rn. 22 mit Bezug auf Urteile vom 21. April 2022 – [III ZR 268/20](#) – juris, Rn. 3 f, Rn. 10 und vom 02. März 2023 – [III ZR 108/22](#) – juris, Rn. 5; vgl. Newsletter Bank- und Kapitalmarktrecht I/2022 und I/2023.

¹⁵⁵ Urteil vom 21. September 2023 – [III ZR 139/22](#) – juris, Rn. 23.

Auf der Grundlage des deutschen Sachrechts ist der Senat daher – wie im Ergebnis die Vorinstanz – zu dem Schluss gelangt, dass jedenfalls dem Kläger ein Anspruch aus **ungerechtfertigter Bereicherung** oder ein **Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB wegen Verletzung von Pflichten aus dem Investmentvertrag nicht zusteht**.¹⁵⁶

Das Urteil des Berufungsgerichts unterlag gleichwohl der Aufhebung und Zurückverweisung. Kommt bei der Beurteilung eines Sachverhalts die **Anwendung ausländischen Rechts in Betracht**, ist das deutsche internationale Privatrecht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **von Amts wegen** zu beachten. Es ist darauf hin zu prüfen, ob deutsches oder ausländisches Sachrecht auf den geltend gemachten Anspruch anzuwenden ist. Falls danach eine ausländische Rechtsordnung berufen ist, muss das Gericht das ausländische Recht nach **§ 293 ZPO** unter Beachtung der vom Bundesgerichtshof hierzu entwickelten Grundsätze **ermitteln**.¹⁵⁷

Dagegen hat das Berufungsgericht im Streitfall verstoßen, indem es nicht geprüft hat, ob die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse nicht nach deutschem, sondern nach **luxemburgischem Sachrecht** zu beurteilen sind. Dies begründet nach Ansicht des Senats einen zur Aufhebung seiner Entscheidung führenden Rechtsfehler.¹⁵⁸

c)

In seinem Urteil vom 05. Oktober 2023¹⁵⁹ hatte der III. Zivilsenat Gelegenheit, sich mit der **Transparenzkontrolle der Anlagebedingungen** einer Kapitalverwaltungsgesellschaft eines inländischen Organismus für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zu befassen.

¹⁵⁶ a.a.O. – juris, Rn. 25.

¹⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 26.

¹⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 27.

¹⁵⁹ Urteil vom 05. Oktober 2023 – [III ZR 216/22](#) – juris.

Das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) verpflichtet den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner **möglichst klar und durchschaubar** darzustellen. Dazu gehört nicht nur, dass die einzelne Regelung für sich genommen klar formuliert ist; sie muss auch im **Kontext mit dem übrigen Klauselwerk** verständlich sein. Erforderlich ist ferner, dass **zusammengehörende Regelungen im Zusammenhang** aufgeführt werden oder dieser in anderer Weise, zum Beispiel durch Bezugnahme auf konkrete Klauseln, deutlich gemacht wird. Die Klausel muss die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen für einen durchschnittlichen Vertragspartner so weit erkennen lassen, wie dies unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nach den Umständen gefordert werden kann. Der Vertragspartner des Verwenders muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was gegebenenfalls „**auf ihn zukommt**“. Eine Vertragsgestaltung, die objektiv dazu geeignet ist, den Vertragspartner bezüglich seiner Rechtsstellung **in die Irre zu führen**, verstößt gegen das Transparenzgebot.¹⁶⁰

Die Transparenzanforderungen dürfen aber nicht überspannt werden. Die Verpflichtung, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, besteht nur im **Rahmen des Möglichen**. Weder bedarf es eines solchen Grades an Konkretisierung, dass alle Eventualitäten erfasst sind und im Einzelfall **keinerlei Zweifelsfragen** auftreten können, noch ist ein Verstoß gegen das Transparenzgebot schon dann zu bejahen, wenn Bedingungen noch klarer und verständlicher hätten formuliert werden können. Sogar eine **unnötige Wirrnis im Klauseltext** ist unschädlich, wenn sich der Klauseltext mit der gebotenen Aufmerksamkeit erschließen lässt.¹⁶¹

Nach diesen Maßstäben hat der Senat die im Streitfall zu beurteilende **Gebührenklausel** als intransparent angesehen.¹⁶² Sie sieht eine „**tägliche Kostenpauschale in Höhe von 1,5 % p. a.** des OGAW-Sondervermögens

¹⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 22.

¹⁶¹ a.a.O. – juris, Rn. 23.

¹⁶² a.a.O. – juris, Rn. 24.

auf Basis des **börsentäglich ermittelten Inventarwertes** (vgl. § 18 der „AABen“) vor.

Die Angabe einer „täglichen“ Kostenpauschale mit einem Zinssatz von 1,5 % „p.a.“ hat der Senat für sich genommen nicht beanstandet. Seiner Ansicht nach wird in dieser Formulierung deutlich, dass nicht etwa eine (ansonsten massiv überhöhte) Kostenpauschale von 1,5 % täglich geschuldet wird, sondern eine solche von **1,5 % pro Jahr**, wobei der zugrunde zu legende Wert der Fondsanteile **tagesgenau berechnet** wird. Unklar bleibt dabei nach seiner Beurteilung jedoch, **in welchem Zeitintervall** der Verwalter diese Vergütung erhalten soll. Dies ist deshalb für die Berechnung der Vergütung relevant, weil sich der **Inventarwert** durch die Entnahme verringert. Je länger die Entnahmeabstände sind, desto höher bleibt der der Abrechnung zugrunde zu legende Inventarwert.¹⁶³

Offen bleibt für den Senat auch, wie die Vergütung für solche Tage zu berechnen ist, die **nicht Börsentage** sind.¹⁶⁴ Das Fehlen dieser Information führt dazu, dass die beanspruchte Vergütung für Nichtbörsentage **nicht bestimmbar** ist. Zu deren Ermittlung kommt entweder – insbesondere wenn eine jährliche Berechnung und Auszahlung geschuldet sein sollte – ein über das Jahr ermittelter **Durchschnittswert** in Betracht oder ein Abstellen auf den Börsentag **nach** dem Nichtbörsentag oder umgekehrt auf den letzten Börsentag **vor** diesem Tag.¹⁶⁵

Schließlich bleibt der Begriff des „**Inventarwertes**“ nach Auffassung des Senats unklar. In den Allgemeinen Anlagebedingungen, auf die insoweit verwiesen wird, wird der sprachlich abweichende Begriff „**Nettoinventarwert**“ definiert, was aus Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners Zweifel begründet, ob jener mit dem „Inventarwert“ i.S. der Klausel gleichzusetzen oder hiervon zu unterscheiden ist.¹⁶⁶

¹⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 25.

¹⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 26.

¹⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 27.

¹⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 28.

Zusammenfassend beurteilt es der Senat mithin als **unklar, welche Vergütung geschuldet ist**, obwohl eine klare Regelung nach Ansicht des Senats ohne weiteres möglich gewesen wäre.¹⁶⁷

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache. Das Berufungsgericht hatte die Klausel noch als hinreichend transparent angesehen und deshalb einen Anspruch des Klägers auf **Rückzahlung der Vertriebsentgelte** verneint, die dem Fondsvermögen, einem Sondervermögen in der Rechtsform eines **inländischen Organismus für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW)**, entnommen wurden.

Beanstandet hat der Senat auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Höhe seines Anspruchs nicht **schlüssig dargelegt**. Damit hat das Berufungsgericht nach dem Dafürhalten des Senats die Grundsätze zur **sekundären Darlegungslast** verkannt.¹⁶⁸

Im Ausgangspunkt obliegt es zwar dem Kläger, die tatsächlichen Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs aus §§ 675, 667 BGB darzulegen. Auch eine sekundäre Darlegungslast entbindet die primär beweiselastete Partei nicht davon, für ihre Behauptung zunächst **hinreichende Anhaltspunkte** vorzutragen und gegebenenfalls auch zu beweisen.¹⁶⁹ Diesen Anforderungen war jedoch nach Ansicht des Senats Genüge getan. Hinreichende Anhaltspunkte hat der Senat bereits in dem unstreitig gebliebenen Vortrag gesehen, dass die Beklagte **Vertriebsprovisionen entnommen** hat. Die Höhe dieser Entnahmen ist dem Einblick des Klägers entzogen, da sich diese nur aus **internen Daten** der Beklagten ergibt, so dass der Kläger hierzu nur Annahmen und Schätzungen vortragen konnte. Daher wäre es nach Ansicht des Senats nunmehr Sache der Beklagten gewesen, die **Höhe der von ihr einbehaltenen Vertriebsprovisionen mitzuteilen**.¹⁷⁰

¹⁶⁷ a.a.O. – juris, Rn. 29.

¹⁶⁸ a.a.O. – juris, Rn. 30.

¹⁶⁹ a.a.O. – juris, Rn. 31.

¹⁷⁰ a.a.O. – juris, Rn. 32.

d)

Wer entgegen § 32 Abs. 1 KWG **ohne entsprechende Erlaubnis Bankgeschäfte erbringt**, macht sich bei fahrlässigem oder vorsätzlichem Handeln gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Abs. 2 KWG **strafbar**. Wirken die Geschäfte berechtigend und verpflichtend für eine juristische Person, trifft die strafrechtliche Verantwortlichkeit gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB denjenigen, der in **organschaftlicher Stellung** für die juristische Person tätig ist.

Die objektive Organstellung allein ist nicht hinreichend, um eine **Haftung** zu begründen. Es bedarf zusätzlich des **Verschuldens (§ 276 BGB)** das gesondert festgestellt werden muss.

Interne Zuständigkeitsregelungen in der Geschäftsleitung einer juristischen Person können zwar nicht zu einer Aufhebung, wohl aber zu einer **Beschränkung der straf- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit** führen. Es bestehen jedoch in jedem Fall gewisse **Überwachungspflichten**, die das danach unzuständige Organ zum Eingreifen veranlassen müssen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erfüllung der der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch das zuständige Organ nicht mehr gewährleistet ist. Das hat der III. Zivilsenat in zwei Urteilen vom 09. November 2023¹⁷¹ ausgesprochen.

§ 32 Abs. 1 Satz 1 KWG ist nach Auffassung des Senats ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Derjenige, der ohne entsprechende Erlaubnis Bankgeschäfte erbringt, macht sich bei fahrlässigem oder vorsätzlichem Handeln gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Abs. 2 KWG strafbar. Wirken die Geschäfte **berechtigt und verpflichtend für eine juristische Person**, so ist diese zivilrechtlich der **Betreiber der Geschäfte**; die strafrechtliche Verantwortlichkeit ergibt sich in diesen Fällen aus § 14 Abs. 1

¹⁷¹ Urteil vom 09. November 2023 – [III ZR 105/22](#) – juris; vgl. auch die Parallelentscheidung – [III ZR 197/22](#) – vom gleichen Tag.

Nr. 1 StGB. Sie trifft denjenigen, der **in organschaftlicher Stellung für die juristische Person tätig** ist.¹⁷²

Seite 55 von 61

Daraus folgt für den Senat, dass die **objektive Organstellung allein nicht hinreichend** ist, um eine Haftung zu begründen. Es bedarf zusätzlich des **Verschuldens** gemäß § 276 BGB, das dementsprechend gesondert festgestellt werden muss. Zwar begründen die generelle Legalitätspflicht wie auch die Pflichten des Geschäftsleiters nach § 25a Abs. 1 Satz 2 KWG **weitreichende Sorgfaltspflichten**. Diese schließen eine **Delegation** von Aufgaben und damit eine Übertragung von Verantwortung jedoch nicht aus. So können etwa interne Zuständigkeitsregelungen in der Geschäftsleitung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Auffassung des Senats zwar nicht zu einer Aufhebung, wohl aber zu einer **Beschränkung** der straf- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Der Senat begründet dies mit der Erwägung, dass der Geschäftsführer den ihm zukommenden Handlungspflichten für die Gesellschaft als Ganzes auf unterschiedliche Weise nachkommen kann. Auch durch **organisatorische Maßnahmen** kann er zur Erfüllung der der Gesellschaft obliegenden Pflichten beitragen, indem er etwa an einer Regelung mitwirkt, durch die jedem Geschäftsführer bestimmte **Aufgaben zugewiesen** werden. Durch eine derartige Aufteilung der Geschäfte wird die Verantwortlichkeit des nicht betroffenen Geschäftsführers **nach innen und außen beschränkt**, denn im Allgemeinen kann er sich darauf verlassen, dass der zuständige Geschäftsführer die ihm zugewiesenen Aufgaben erledigt. Doch verbleiben dem nicht betroffenen Geschäftsführer in jedem Fall kraft seiner **Allzuständigkeit** gewisse **Überwachungspflichten**, die ihn zum Eingreifen veranlassen müssen, wenn **Anhaltspunkte** dafür bestehen, dass die Erfüllung der der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch den zuständigen Geschäftsführer nicht mehr gewährleistet ist.¹⁷³ Bezüglich der betreffenden Umstände trifft das Organ,

¹⁷² Urteile vom 09. November 2023 – [III ZR 105/22](#) – juris, Rn. 15 f. und – [III ZR 197/22](#) – juris, Rn. 15.

¹⁷³ Urteil vom 09. November 2023 – [III ZR 105/22](#) – juris, Rn. 17 und – [III ZR 197/22](#) – juris, Rn. 16.

wie der Senat klarstellt, nach allgemeinen Grundsätzen eine **sekundäre Darlegungslast**.¹⁷⁴

Das Berufungsurteil im Verfahren III ZR 105/22 konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte die von ihm angenommene Haftung lediglich auf die Feststellung gestützt, dass der Beklagte zum Zeitpunkt der verbotswidrig angeschlossenen Beteiligungsverträge **Organ** der AG war. Nach Ansicht des Senats sind weitere Feststellungen zu dessen Behauptung erforderlich, für den Abschluss von Verträgen **nicht zuständig** gewesen zu sein und von den Beteiligungsverträgen **keine Kenntnis** gehabt zu haben. Auch zu einer dann noch in Betracht kommenden Verletzung von **Überwachungspflichten** fehlte es an geeigneten Feststellungen.¹⁷⁵ Die in Werbematerialien der Gesellschaft enthaltene Aussage, man habe „von Anfang an auf **Eigenkapital** bei der Finanzierung der Projekte gesetzt“, lässt nach dem Dafürhalten des Senats nicht den Schluss zu, dass der Beklagte **Kenntnis von den unerlaubten Bankgeschäften** hatte oder hätte haben müssen. Insbesondere folgt daraus für den Senat nicht, dass der Prokurist Fremdkapital in Form von Einlagen einwerben würde. Darauf kommt es nach Ansicht des Senats aber an, denn der Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG besteht seiner Ansicht nach gerade darin, dass die eingeworbenen Gelder nicht Eigenkapital waren und damit am Risiko der Gesellschaft teilgenommen hätten, sondern es sich um Fremdkapital handelte, das sich durch eine **unbedingte Rückzahlungsverpflichtung** auszeichnete.¹⁷⁶

Im Parallelverfahren III ZR 197/22 hat der Senat auch das entgegengesetzte Ergebnis des dortigen Berufungsgerichts – Verneinung der Haftung des nämlichen Beklagten – beanstandet. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei für die **Finanzierung nicht zuständig** gewesen, hat er als gehörsverletzend gerügt, weil sich das Berufungs-

¹⁷⁴ Urteil vom 09. November 2023 – [III ZR 105/22](#) – juris, Rn. 18. und – [III ZR 197/22](#) – juris, Rn. 17.

¹⁷⁵ Urteil vom 09. November 2023 – [III ZR 105/22](#) – juris, Rn. 19.

¹⁷⁶ a.a.O. – juris, Rn. 15 f.

gericht mit wesentlichen Teilen des Vortrags des Klägers im Ergebnis nicht beschäftigt und die dazu angebotenen Beweise nicht erhoben hat.¹⁷⁷ Weiter hat das Berufungsgericht nach Auffassung des Senats rechtsfehlerhaft nicht geprüft, ob für den Beklagten **Anhaltspunkte** vorlagen, die ihn zu einer **weitergehenden Kontrolle** und Überwachung verpflichtet hätten. Solche Pflichten kämen nach der Beurteilung des Senats insbesondere in Betracht, wenn der Vertrieb der Beteiligungsverträge über die Projektgesellschaften, deren Alleingeschäftsführer der Beklagte war, erfolgte, und lägen jedenfalls dann nahe, wenn der Beklagte, wie der Kläger behauptet, die **Beteiligungsverträge „in- und auswendig“ kannte** und ihm die darin enthaltenen **Zusagen gegenüber den Anlegern bekannt** waren. Beides hätte das Berufungsgericht daher nach Ansicht des Senats nicht für unerheblich ansehen dürfen.¹⁷⁸

Dies führte in beiden Verfahren jeweils zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache.

6.-9.

Factoring/Leasing, Geldwäsche, Bankenaufsicht, Steuerliche Bezüge

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

10.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

a)

Nach dem Beschluss des XI. Zivilsenats vom 19. September 2023¹⁷⁹ zielt der **Feststellungsantrag** des Darlehensnehmers, aufgrund des Widerrufs seiner Vertragserklärung **nicht mehr zur Zahlung von Zins- und Tilgungsleistungen aus dem Darlehensvertrag verpflichtet zu sein**,

¹⁷⁷ Urteil vom 09. November 2023 – [III ZR 197/22](#) – juris, Rn. 19.

¹⁷⁸ a.a.O. – juris, Rn. 22.

¹⁷⁹ Beschluss vom 19. September 2023 – [XI ZR 58/23](#) – juris.

allein auf die **vertraglichen Erfüllungsansprüche** aus dem Darlehensvertrag gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Der Senat nimmt die Auslegung des Klageantrags in diesem Sinne vor, weil sie nach seinem Dafürhalten nach den Maßstäben der Rechtsordnung **vernünftig** ist und der **wohlverstandenen Interessenlage** entspricht. Wäre der Antrag des Klägers dagegen dahin zu verstehen, er leugne nicht (nur) Ansprüche der Beklagten aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB, sondern einen Anspruch der Beklagten aus dem **nach Widerruf entstandenen Rückgewährschuldverhältnis** gemäß § 358 Abs. 4 Satz 1, § 357a Abs. 3 Satz 1 BGB a.F., fehlte insoweit nach Ansicht des Senats das erforderliche **Feststellungsinteresse**. Bei einer negativen Feststellungsklage entsteht das Feststellungsinteresse des Klägers regelmäßig aus einer vom Beklagten (nicht notwendig ausdrücklich) aufgestellten **Bestandsbehauptung** („Berühren“) der vom Kläger verneinten Rechtslage. Da die Beklagte aber die Wirksamkeit des Widerrufs und damit das Zustandekommen eines Rückgewährschuldverhältnisses bestreitet, berührt sie sich keines Anspruchs aus § 358 Abs. 4 Satz 1, § 357a Abs. 3 Satz 1 BGB a.F..¹⁸⁰

Dies führte auf eine Nichtzulassungsbeschwerde zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache. Das Berufungsgericht hatte den Feststellungsantrag trotz von ihm angenommenen wirksamen Widerrufs mit der Begründung abgewiesen, dass der Kläger der Beklagten aufgrund des Widerrufs gemäß § 358 Abs. 4 Satz 1, § 357a Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. zur **Zahlung der vereinbarten Sollzinsen** für den Zeitraum zwischen Auszahlung und Rückzahlung des Darlehens verpflichtet sei. Dies hat der Senat als überraschend und damit gehörswidrig angesehen.¹⁸¹ Zudem ist die Entscheidung auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts und seiner keinen revisionsrechtlich relevanten Rechtsfehler aufweisenden Würdigung zur Wirksamkeit der Widerrufserklärung des Klägers falsch, weil der Feststellungsantrag – wie dargelegt – allein auf die **vertraglichen**

¹⁸⁰ a.a.O. – juris, Rn. 15.

¹⁸¹ a.a.O. – juris, Rn. 13.

Erfüllungsansprüche aus dem Darlehensvertrag abzielt, die durch den Widerruf erloschen sind.¹⁸²

b)

Eine Berufung ist **unzulässig**, wenn sie nicht wenigstens teilweise den in erster Instanz erhobenen Klageanspruch **weiterverfolgt**, sondern lediglich im Wege der **Klageänderung** einen **neuen**, bislang nicht geltend gemachten Anspruch zur Entscheidung stellt. Dies ist nach der Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 19. September 2023¹⁸³ beim Übergang von einer in erster Instanz erhobenen Klage auf **Feststellung des Wegfalls von Primärpflichten des Darlehensnehmers aus dem Darlehensvertrag** infolge des Widerrufs seiner Darlehensvertragserklärung zu einer mit der Berufung verfolgten Klage auf **Rückgewähr der erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen** der Fall.

Die Erweiterung oder Änderung der Klage kann nicht alleiniges Ziel des Rechtsmittels sein, sondern nur auf der Grundlage eines zulässigen Rechtsmittels verwirklicht werden. Deshalb muss nach einer Klageabweisung das vorinstanzliche Begehren zumindest teilweise weiterverfolgt werden. Eine Berufung, welche die **Richtigkeit der vorinstanzlichen Klageabweisung** nicht in Frage stellt und ausschließlich einen neuen bisher noch nicht geltend gemachten Anspruch zum Gegenstand hat, ist unzulässig.¹⁸⁴

Nach der Rechtsprechung des Senats betreffen die auf die **positive Feststellung eines bestimmten Saldos** aus einem Rückgewährschuldverhältnis gerichtete und die auf die **Feststellung des Wegfalls von Primärpflichten** des Darlehensnehmers aus dem Darlehensvertrag zielende Klage **unterschiedliche Streitgegenstände**. Aufgrund dessen handelt es sich nach Ansicht des Senats beim Übergang von dem einen zu dem anderen Antrag um eine Klageänderung i.S.d. § 263 ZPO und nicht bloß um eine

¹⁸² a.a.O. – juris, Rn. 14.

¹⁸³ Beschluss vom 19. September 2023 – [XI ZB 31/22](#) – juris.

¹⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 10.

Antragsbeschränkung oder -erweiterung i.S.d. § 264 Nr. 2 ZPO oder als ein dem Vorgehen nach § 264 Nr. 3 ZPO vergleichbares Verfahren.¹⁸⁵

Dies gilt nach der Beurteilung des Senats gleichermaßen in Bezug auf den vom Kläger in erster Instanz verfolgten **negativen Feststellungsantrag** und dem in zweiter Instanz geltend gemachten Anspruch auf Rückgewähr der erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen sowie der Anzahlung. Denn der Zahlungsantrag stellt in Form der **Leistungsklage die Fortsetzung der positiven Feststellungsklage** dar und wäre im Fall des Übergangs als Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO anzusehen. Gegenüber der negativen Feststellungsklage betrifft die Zahlungsklage dagegen einen anderen Streitgegenstand.¹⁸⁶

Nichts Anderes folgt für den Senat daraus, dass die **Wirksamkeit des Widerrufs** für beide Ansprüche **Tatbestandsvoraussetzung** ist. Hierbei handelt es sich in den Augen des Senats bloß um ein **Begründungselement**, das indes die Rechtsnatur der geltend gemachten Ansprüche als unterschiedliche Streitgegenstände unberührt lässt. Gründe der Prozessökonomie, die dafür sprechen könnten, ein ausschließlich auf Klageänderung gerichtetes Rechtsmittel im Interesse einer sachdienlichen Erledigung des Prozessstoffs zuzulassen, haben nach Ansicht des Senats kein solches Gewicht, als dass sie es rechtfertigen könnten, von dem für alle Rechtsmittel geltenden grundlegenden Erfordernis abzugehen, dass der Angriff des Rechtsmittelführers auch auf die Beseitigung einer im vorinstanzlichen Urteil enthaltenen Beschwer gerichtet sein muss.¹⁸⁷

Damit hat der Senat die Verwerfung der Berufung durch das Berufungsgericht bestätigt.

¹⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 12.

¹⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 13.

¹⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 14.

Karlsruhe, den 14. Februar 2024

Dr. Peter Rädler

Dr. Katja Lembach