

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bank- und Kapitalmarktrecht im 2. Halbjahr 2017

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

Nachstehend haben wir die im 2. Halbjahr 2017 verkündeten und inhaltlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Bezügen zum Bank- und Kapitalmarktrecht zusammengefasst¹. Berücksichtigt sind die bis zum 17. Januar 2018 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 2. Halbjahr 2017 werden in die nachfolgende Rechtsprechungsübersicht aufgenommen.

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

¹ Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt. Frühere Berichtszeiträume sind aufrufbar auf unserer Website („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

1.

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

a)

Die in Darlehensurkunden eines Kreditinstituts für den Abschluss von Kreditverträgen mit **Unternehmern** enthaltene formularmäßige Klausel „**Bearbeitungsentgelt für Vertragsschluss EUR 10.000**“ unterliegt nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der richterlichen **Inhaltskontrolle** und ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Dies hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs am 04. Juli 2017² entschieden. Nach einer weiteren Entscheidung vom gleichen Tag³ gilt dies auch dann, wenn es sich um einen **Kontokorrentkredit** handelt.

Die **kenntnisabhängige Verjährungsfrist** des § 199 Abs. 1 BGB für Rückforderungsansprüche wegen unwirksam formularmäßig vereinbarter Bearbeitungsentgelte begann nach diesen Entscheidungen auch bei Darlehensverträgen mit Unternehmern nach § 488 BGB mit dem **Schluss des Jahres 2011** zu laufen.

Der Senat hat bereits entschieden⁴, dass eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kreditinstituts für den Abschluss von **Privatkreditverträgen** enthaltene Bestimmung über die Erhebung eines **einmaligen Bearbeitungsentgelts** im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Diese Rechtsprechung dehnt er nunmehr auf den Verkehr mit Unternehmern aus.

Auch bei **Unternehmerdarlehen** stellt das Bearbeitungsentgelt kein Entgelt für eine rechtlich selbstständige, gesondert vergütungsfähige Leistung

² [XI ZR 562/15](#) – juris.

³ [XI ZR 233/16](#) – juris.

⁴ BGH, Urteile vom 13. Mai 2014 – [XI ZR 405/12](#) und [XI ZR 170/13](#); siehe auch zu Bauspardarlehen Senatsurteil vom 08. November 2016 – [XI ZR 552/15](#) – juris, Rn. 11 f.

des Kreditinstituts dar. Vielmehr werden mit dem Bearbeitungsentgelt nach der Beurteilung des Senats **Kosten** für Tätigkeiten auf die Kunden des Kreditinstituts abgewälzt, die dieses im **eigenen Interesse** erbringt oder aufgrund bestehender eigener **Rechtspflichten** zu erbringen hat, nämlich Kosten für die Bearbeitung des Darlehensantrages einschließlich der Vorbereitung des Vertragsschlusses sowie für Verwaltungsaufwand der Bank bei Kreditbearbeitung und -auszahlung.⁵ Dass die Bonitätsprüfung auch dem Kaufmann zugutekommt und damit ein Einzelfällen zugleich eine Überschuldung des Unternehmers verhindert werden kann, ist seiner Ansicht nach nur ein **reflexartiger Nebeneffekt**.⁶

Die Klausel ist damit **kontrollfähig** und nach der weiteren Argumentation des Senats auch **unwirksam**, weil sie von dem gleichermaßen für Unternehmerdarlehen wie für Verbraucherdarlehen geltenden **gesetzlichen Leitbild** des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB abweicht, das ein **laufzeitabhängiges** Entgelt für die Darlehensgewährung vorsieht. Das Bearbeitungsentgelt ist im Widerspruch dazu laufzeitunabhängig ausgestaltet.⁷ Weiter ist die Klausel unwirksam, weil die Bank damit Kosten auf den Kläger abwälzt, die für die **Erfüllung ihrer Hauptleistungspflicht** anfallen.⁸

Die durch die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild indizierte unangemessene Benachteiligung wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass ein Unternehmer in der Lage ist, die durch Erhebung eines Bearbeitungsentgelts entstehenden Belastungen auf nachgelagerte Handelsstufen oder **Endkunden abzuwälzen**. Denn die inhaltliche Unausgewogenheit einer Klausel, die den Verwender einseitig begünstigt, kann nur durch Vorteile kompensiert werden, die dem Vertragspartner **vom Klauselverwender** gewährt werden. Deswegen ist es nach dem Dafürhalten des Senats unerheblich, ob es einzelnen Unternehmern durch überobligationsmäßige Anstrengungen gelingen kann, die finanziellen Nachteile, die ihnen durch

⁵ BGH, Urteil vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 562/15](#) – juris, Rn. 27, Rn. 30.

⁶ BGH, a.a.O., Rn. 33.

⁷ BGH, a.a.O., Rn. 38.

⁸ BGH, a.a.O., Rn. 39.

die angegriffene Klausel entstehen, auf ihre Kunden abzuwälzen.⁹ Der Senat sieht Unternehmer im Verhältnis zu kreditgebenden Banken auch nicht als allgemein weniger **schutzwürdig** an. Dass der Unternehmer typischer Weise besser informiert ist und mehr Erfahrung hat, schützt ihn nach Ansicht des Senats nicht davor, dass die Bank **einseitige Vertragsgestaltungsmacht** ausübt. Er betont, dass die wirtschaftliche Situation von Unternehmern, deren Geschäftserfolg von der Darlehensgewährung abhängt, durchaus ein höheres Maß an **Abhängigkeit von dem Kreditinstitut** aufweisen kann, als das bei Verbrauchern der Fall ist.¹⁰

Eine unangemessene Benachteiligung kann auch nicht unter Verweis auf bankbetriebswirtschaftliche Erwägungen verneint werden. Wie bei Verbraucherdarlehen verweist der Senat auch bei Unternehmerdarlehen die Bank auf die Möglichkeit, den betreffenden **Bearbeitungsaufwand in den Sollzinssatz einzupreisen**.¹¹ Dies gilt nach Ansicht des Senats sogar für die Einräumung eines **Kontokorrentkredits**, bei dem den Unternehmer keine Pflicht zur vollständigen oder teilweisen Inanspruchnahme des Kredits trifft. Obwohl der Darlehensgeber in einem solchen Fall nicht sicher sein kann, ob das Darlehen überhaupt, in einer bestimmten Höhe und für eine ausreichend lange Zeit in Anspruch genommen wird, können auch hierbei die Verwaltungskosten nach Ansicht des Senats durch die Zinserträge gedeckt werden, nämlich dadurch, dass das Risiko der Nichtabnahme des Darlehens oder einer vorzeitigen Vertragskündigung durch eine **Mischkalkulation** berücksichtigt wird.¹² Außerdem war die streitige Gebühr nach dem maßgeblichen Wortlaut der Klausel (im Verfahren XI ZR 233/16: „einmalige, sofort fällige, nicht laufzeitabhängige Bearbeitungsgebühr für das Darlehen“) keine Gebühr für die Nichtabnahme oder vorzeitige Rückzahlung des Darlehens, sondern ausschließlich ein **allgemeines Bearbeitungsentgelt**.¹³

⁹ BGH, Urteil vom 04. Juli 2017 – a.a.O. – juris, Rn. 44.

¹⁰ BGH, a.a.O., Rn. 61 f., Rn. 68.

¹¹ BGH, a.a.O., Rn. 72, Rn. 83.

¹² BGH, a.a.O., Rn. 80 f., Rn. 84.

¹³ BGH, Urteil vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 233/16](#) – juris, Rn. 80 f., Rn. 82.

Die **Verjährungsfrist für die Rückforderung** zu Unrecht gezahlter Bearbeitungsentgelte lief für Unternehmerdarlehen, ebenso wie bei Verbraucherdarlehen¹⁴, mit dem **Ablauf des Jahres 2011** an. Zu dieser Zeit war auch für den unternehmerischen Bankkunden eine **Rückforderungsklage** zwar nicht risikofrei, aber **zumutbar**.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts im Verfahren XI ZR 562/15 hatte damit Bestand. Lediglich im **Zinsausspruch** hat der Senat die Entscheidung des Oberlandesgerichts korrigiert.¹⁵ Im Verfahren XI ZR 233/16 führte die Rechtsansicht des Senats zur Aufhebung und Zurückverweisung. Dort hatte das Berufungsgericht die Wirksamkeit der verwendeten Klausel noch bejaht.

b)

In seinem Urteil vom 17. Oktober 2017¹⁶ hat sich der XI. Zivilsenat mit der **Inhaltskontrolle** der formularmäßigen Bestimmung einer **laufzeitunabhängigen „Kostenbeteiligung“** in einem Darlehensvertrag bei Gewährung des Darlehens zu einem **unter Marktpreisniveau liegenden Zins** befasst und sich dabei von seiner Entscheidung vom 16. Februar 2016¹⁷ abgegrenzt.

Der Kreditgeber in dem zu beurteilenden Fall ist eine **Sozialeinrichtung zur betrieblichen Altersversorgung**, die in der Rechtsform eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVG) betrieben wird. Mitglied kann nur werden, wer Mitarbeiter der Trägergesellschaft oder Rentenbezieher dieses Arbeitgebers ist. Der Versicherungsverein vergibt an seine **Mitglieder zinsgünstige Baudarlehen**. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehen das Recht des Vereins zur **fristlosen Kündigung** des

¹⁴ Senatsurteil vom 28. Oktober 2014 – [XI ZR 348/13](#) – juris, Rn. 44 f.

¹⁵ BGH, Urteil vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 562/15](#) – juris, Rn. 94 f., Rn. 103; ebenso Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 549/16](#) – juris, Rn. 17.

¹⁶ [XI ZR 157/16](#) – juris.

¹⁷ [XI ZR 454/14](#) – juris, Rn. 47.

Darlehens vor, wenn der Darlehensnehmer aus den Diensten der Trägergesellschaft oder einer mit dieser wirtschaftlich verbundenen Gesellschaft ausscheidet. Weiter hat der Darlehensnehmer eine „**Kostenbeteiligung**“ **in Höhe von einem Prozent der Darlehenssumme**, maximal 1.500,00 € zu leisten.¹⁸

Anknüpfend an seine Rechtsprechung zu Bearbeitungsentgelten¹⁹ bewertet der Senat die angegriffene Klausel zur „Kostenbeteiligung“ als **kontrollfähige Preisnebenabrede**, die eine einmalige und laufzeitunabhängige Beteiligung des Darlehensnehmers an den Vertragskosten vorsieht, die auch bei vorzeitiger Tilgung nicht zu erstatten ist.²⁰ Sie bepreist Aufwand für Tätigkeiten, die der Kreditgeber ganz oder überwiegend im **eigenen Interesse** erbringt, nicht etwa eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung. Der Umstand, dass der Versicherungsverein im Interesse der Gesamtheit seiner Mitglieder bei der Sicherung von deren **betrieblicher Altersversorgung** handelt und mit der Förderung eines einzelnen Mitglieds durch Gewährung eines zinsgünstigen Darlehens außerhalb seines „**Kerngeschäfts**“ tätig wird, ändert daran nach Ansicht des Senats nichts. Die Bereitschaft, einen Darlehensvertrag abzuschließen, und sei es auch außerhalb einer als „Kerngeschäft“ betrachteten anderen Haupttätigkeit, stellt als solche keine bepreisable Sonderleistung dar.²¹

Die Klausel hält der Inhaltskontrolle nach der weiteren Beurteilung des Senats nicht stand, weil sie durch die Festlegung eines **laufzeitunabhängigen Kostenbeitrags** von **wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Leitbilds** in § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB abweicht, das ein laufzeitabhängiges Entgelt für die Darlehensgewährung vorsieht.²²

¹⁸ BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 – [XI ZR 157/16](#) – juris, Rn. 2 f.

¹⁹ Senatsurteile vom 13. Mai 2014 – [XI ZR 405/12](#) – juris und [XI ZR 170/13](#) – juris.

²⁰ BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 – [XI ZR 157/16](#) – juris, Rn. 21 f.

²¹ BGH, a.a.O., Rn. 23 f., Rn. 26.

²² BGH, a.a.O., Rn. 27 f.

Dass der Versicherungsverein kein Kreditinstitut, sondern eine Sozialeinrichtung zur betrieblichen Altersversorgung ist, ändert nach Ansicht des Senats weder etwas an der Rechtsnatur des geschlossenen Darlehensvertrages,²³ noch rechtfertigt die **Unterschreitung des Marktzinses** für sich genommen die Erhebung eines laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelts.²⁴ Denn anders als in den Förderdarlehen der Kreditanstalt für Wiederaufbau betreffenden Fällen,²⁵ in denen das Darlehen der Umsetzung **staatlicher Wirtschaftsförderung** diene und die betreffende Klausel dem Klauselverwender **durch Förderbedingungen vorgegeben** worden ist, beruht die Darlehensgewährung im Streitfall nicht auf einem staatlichen Auftrag zur finanziellen Förderung wirtschaftspolitischer Ziele und dem Versicherungsverein war es nicht verwehrt, die Bedingungen für die Darlehensgewährung auch hinsichtlich der Erhebung von Gebühren **frei zu bestimmen**.²⁶

Unabhängig davon benachteiligt die streitige Klausel den Kreditnehmer nach Ansicht des Senats bei der gebotenen **Gesamtbetrachtung** zusammen mit der den Versicherungsverein zu einer **fristlosen Kündigung** des Darlehensvertrags berechtigenden Klausel. Denn durch das Zusammenwirken dieser Bestimmungen ist die laufzeitunabhängige „Kostenbeteiligung“ auch dann in vollem Umfang zu leisten, wenn der Kreditnehmer aus Gründen aus dem Unternehmensverbund ausscheidet, die aus der **Sphäre der Arbeitgeberseite** herrühren.²⁷

Nach allem hat der Senat einen unverjährten²⁸ Anspruch des klagenden Kreditnehmers auf Erstattung der entrichteten „Kostenbeteiligung“ i.H.v. 1.000,00 € aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB bejaht. Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Verurteilung des Beklagten weitgehend

²³ BGH, a.a.O., Rn. 30.

²⁴ BGH, a.a.O., Rn. 35.

²⁵ Senatsurteile vom 16. Februar 2016 – [XI ZR 454/14](#) – juris, Rn. 46 f. und von 05. Juli 2016 – [XI ZR 101/16](#) – juris, Rn. 25 f.

²⁶ BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 – [XI ZR 157/16](#) – juris, Rn. 35.

²⁷ BGH, a.a.O., Rn. 37 f.

²⁸ BGH, a.a.O., Rn. 44 f.

im beantragten Umfang. Das Berufungsgericht hatte die Klausel noch mit der Begründung als wirksam angesehen, der Nachteil der Kostenbeteiligung werde in seiner Wirkung durch den günstigen Zinssatz mehr als ausgeglichen. Dem ist der Senat mit den genannten Erwägungen entgegengetreten. Lediglich einen Anspruch auf **Nutzungsersatz** hat der Senat verneint, weil zu Lasten eines **Versicherers**, anders als bei einer Bank,²⁹ **keine tatsächliche Vermutung** dahin besteht, dass sie Nutzungen im Wert des üblichen Verzugszinseszinses gezogen hat, die sie als Nutzungsersatz herausgeben muss und die Kläger sonst zur Höhe der von dem Beklagten gezogenen Nutzungen keine Anhaltspunkte vorgetragen hatten.³⁰

c)

Die **Entgeltbestimmungen in dem Preis- und Leistungsverzeichnis** einer Sparkasse

- „**Unterrichtung über die berechtigte Ablehnung der Einlösung einer SEPA-Basis-Lastschrift bei Postversand 5,00 €**“ (Klausel 1);
- „**Unterrichtung über die berechtigte Ablehnung der Ausführung (bei Postversand) einer Einzugsermächtigungs-/Abbuchungsauftragslastschrift mangels Deckung 5,00 €**“ (Klausel 2, Klausel 3);
- „**Unterrichtung über die berechtigte Ablehnung der Ausführung (bei Postversand) [...] eines Überweisungsauftrages mangels Deckung 5,00 €**“ (Klausel 4, Klausel 5);

sind gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, § 675f Abs. 4 Satz 2 BGB im Verkehr mit Verbrauchern unwirksam, wenn in die **Entgeltberechnung** Einzelkosten des Zahlungsdienstleisters eingeflossen sind, die nicht unmittelbar der **Unterrichtung** des Zahlungsdienstnutzers zugeordnet werden können sowie mit dieser nicht in einem ursächlichen Zusammenhang

²⁹ Senatsurteile vom 24. April 2007 – [XI ZR 17/06](#) – juris, Rn. 35 und vom 28. Oktober 2014 – [XI ZR 348/13](#) – juris, Rn. 71.

³⁰ BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 – [XI ZR 157/16](#) – juris, Rn. 48.

stehen, und wenn das Entgelt nicht an den **tatsächlichen Kosten** der Bank ausgerichtet ist; Kosten, die für die **Entscheidung** über die Ausführung eines Zahlungsauftrages angefallen sind, haben daher außer Betracht zu bleiben.

Die Entgeltbestimmung in dem Preis- und Leistungsverzeichnis einer Sparkasse

„**Dauerauftrag: [...] Aussetzung/Löschung 2,00 €**“ (Klausel 6)

ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB im Verkehr mit Verbrauchern unwirksam.

Die Bestimmung in dem Preis- und Leistungsverzeichnis einer Sparkasse, mit der diese uneingeschränkt für die **Streichung einer Wertpapierorder ein Entgelt i.H.v. 5,00 €** in Rechnung stellt (Klausel 8), ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB im Verkehr mit Verbrauchern unwirksam.

Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 12. September 2017³¹ entschieden. Die Entscheidung befasst sich außerdem mit den Anforderungen an den Wegfall der Wiederholungsgefahr in Bezug auf die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen.³²

Die Klauseln 1, 2, 3 und 5 unterliegen der **Inhaltskontrolle**, denn sie weichen nach der Beurteilung des Senats von § 675f Abs. 4 Satz 2, § 675o Abs. 1 Satz 4 BGB und damit von einer **gesetzlichen Preisregelung** ab, weil das Entgelt i.H.v. 5,00 € für die Unterrichtung über die berechtigte Ablehnung der Ausführung einer SEPA-Lastschrift, einer Einzugsermächtigungs- oder Abbuchungsauftragslastschrift bzw. einer Überweisung auf

³¹ [XI ZR 590/15](#) – juris.

³² BGH, a.a.O., juris, Rn. 44.

der Grundlage des Prozessvortrags der Bank nicht an den hierfür **tatsächlich anfallenden Kosten** ausgerichtet ist.³³

Gemäß § 675o Abs. 1 Satz 4 BGB kann zwar der Zahlungsdienstleister mit dem Zahlungsdienstnutzer im Rahmen des Zahlungsdiensterahmenvertrages (§ 675f Abs. 2 BGB) für die **Unterrichtung** über eine **berechtigte Ablehnung** eines Zahlungsauftrages ein Entgelt vereinbaren. Daher kann der Zahlungsdienstleister abweichend von dem durch die Normierung des Zahlungsdienstrechts in den §§ 675c bis 676c BGB unverändert gebliebenen gesetzlichen Leitbild, wonach die Erhebung von Entgelten für Nebenleistungen von Banken regelmäßig unzulässig ist, gemäß § 675f Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 BGB **ausnahmsweise ein Entgelt** für die **Erfüllung dieser gesetzlichen Nebenpflicht** beanspruchen, das nach § 675f Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 BGB **angemessen** und an den **tatsächlichen Kosten** des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein muss. Diesen gesetzlichen Vorgaben trägt das von der Bank in Ansatz gebrachte Entgelt jedoch nicht Rechnung, denn es ist nicht an den Kosten für die Unterrichtung des Zahlungsdienstnutzers ausgerichtet. Nach der unmissverständlichen Formulierung in § 675f Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 BGB dürfen bei der Kalkulation des Entgelts nur Kosten für die **Unterrichtung als solche** berücksichtigt werden, nicht aber Kosten für die **Entscheidung über die Ausführung** eines Zahlungsauftrages, auch wenn diese Entscheidung einer Ablehnung eines Zahlungsauftrages zwingend vorangeht.³⁴

Bei der Entgeltberechnung zu berücksichtigen sind demgemäß die der Unterrichtung unmittelbar auf Grund eines ursächlichen Zusammenhangs zuzuordnenden Einzelkosten, zu denen nicht nur beim Postversand die **Papier- und Portokosten** gehören, sondern auch **Personalkosten**, soweit sie **unmittelbar der Unterrichtung** zugewiesen werden können, nicht hingegen allgemeine Personalkosten. Das Entgelt braucht sich dabei gemäß § 675f Abs. 4 Satz 2 BGB nicht strikt an den Einzelkosten zu orien-

³³ BGH, Urteil vom 21. September 2017 – [XI ZR 590/15](#) – juris, Rn. 28.

³⁴ BGH, a.a.O., juris, Rn. 30 f., Rn. 32, Rn. 33.

tieren, weil es an diesen nur ausgerichtet sein muss. Eine Rundung auf einen glatten Betrag oder **Unschärfen bei der Berechnung** eines Personalmehraufwandes werden damit hingenommen.³⁵

Diesen Anforderungen wurde die Entgeltkalkulation der Bank im Streitfall nicht gerecht, weil sie in erheblichem Umfang Kostenpositionen berücksichtigt hatte, die ihren eigenen Erläuterungen zufolge lediglich im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Nichtausführung des Zahlungsauftrages stehen, nicht aber mit der Unterrichtung hierüber.³⁶ Diese führte zur Kontrollfähigkeit der Klauseln 1, 2, 3 und 5 und wegen des aufgezeigten Verstoßes gegen (halb-) zwingendes Recht zugleich zu ihrer Unwirksamkeit.³⁷

Gleiches hat der Senat im Ergebnis für die Klausel 4 angenommen, die im Unterschied zur Klausel 5 Überweisungen innerhalb Deutschlands und in andere Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (im Folgenden: EWR) in **Währungen eines Staates außerhalb des EWR** sowie **Überweisungen in Staaten außerhalb des EWR** betrifft und damit Zahlungsdienste regelt, die unter § 675d Abs. 1 Satz 2 BGB fallen.³⁸ Für diese Zahlungsdienste können zwar gemäß § 675e Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BGB von § 675f Abs. 4 Satz 2, § 675o Abs. 1 Satz 4 BGB abweichende Vereinbarungen auch in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen werden. Gleichwohl führt die Abweichung von den – disponiblen – gesetzlichen Vorgaben gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nach der Rechtsprechung des Senats dazu, dass die entsprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle unterliegen, in deren Rahmen das **dispositive Recht als gesetzliches Leitbild** zu berücksichtigen ist.³⁹

³⁵ BGH, a.a.O., Rn. 34.

³⁶ BGH, a.a.O., juris, Rn. 41 f.

³⁷ BGH, a.a.O., Rn. 62.

³⁸ BGH, a.a.O., Rn. 47 f.

³⁹ BGH, a.a.O., Rn. 49 f., Rn. 64.

Die Klausel 6 weicht nach Ansicht des Senats hinsichtlich der Fallgruppen **„Aussetzung“ und „Löschung“ eines Dauerauftrages** von § 675f Abs. 4 Satz 2 BGB und damit von einer gesetzlichen Preisregelung ab, weil die Beklagte in diesen Fällen **kein Entgelt** erheben darf. Die Ausführung eines Dauerauftrages stellt gemäß § 675c Abs. 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZAG einen Zahlungsdienst dar, für dessen Erbringung als vertragliche Hauptleistung der Zahlungsdienstleister gemäß § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB ein Entgelt verlangen kann. Die Aussetzung und die Löschung eines Dauerauftrages betreffen aber nicht dessen Ausführung, sondern zielen darauf ab, dass dieser nicht ausgeführt wird. Die Berücksichtigung eines solchen **Widerrufs eines Zahlungsauftrages** stellt eine **gesetzliche Nebenpflicht** dar, wie aus § 675f Abs. 4 Satz 2, § 675p Abs. 4 Satz 3 BGB folgt, weil für die Bearbeitung des Widerrufs nur im Falle von § 675p Abs. 4 Satz 1 BGB ein Entgelt vereinbart werden darf. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass die Bearbeitung des Widerrufs im Regelfall unentgeltlich zu erfolgen hat. Indem die Klausel 6 nicht zwischen dem Regelfall und einem Ausnahmefall nach § 675p Abs. 4 Satz 3 BGB differenziert, sondern unterschiedslos die Erhebung eines Entgelts i.H.v. 2,00 € vorsieht, weicht sie bei der gebotenen **kundenfeindlichsten Auslegung** (§ 305c Abs. 2 BGB) von § 675f Abs. 4 Satz 2 BGB ab, unterliegt damit der Inhaltskontrolle und hält dieser wegen Verstoßes gegen die genannten halbzwingenden gesetzlichen Vorgaben nicht stand.⁴⁰

Die Klausel 8 unterliegt im Hinblick auf die Alternative **„Streichung einer Order“** der Inhaltskontrolle, weil es sich nicht um eine kontrollfreie Preishauptabrede, sondern um eine der Inhaltskontrolle unterworfenene **Preisnebenabrede** handelt. Denn die Bank wälzt in den Fällen der Streichung einer Order einen Aufwand zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht auf den Kunden ab. In der Streichung einer Wertpapierorder sieht der Senat die **Kündigung** des der Order möglicherweise (§ 305c Abs. 2 BGB) zugrunde liegenden **Kommissionsvertrags**. Damit geht die gesetzliche Nebenpflicht des Kommissionärs einher, dieser Folge zu leisten und ihr im Ver-

⁴⁰ BGH, a.a.O., juris, Rn. 51 f., Rn. 65.

hältnis zum Kommittenten Rechnung zu tragen. Indem die Klausel 8 für diesen Fall ein Entgelt i.H.v. 5,00 € vorsieht, wälzt sie einen Aufwand der Bank zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht auf den Kunden ab und unterliegt damit als Preisnebenabrede der Inhaltskontrolle.⁴¹ Aus dem gleichen Grund hält sie der Inhaltskontrolle nicht stand, weil sie damit von dem wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts abweicht, dass jeder Rechtsunterworfenen seine gesetzlichen Rechtspflichten zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können.⁴²

Dies führte zur vollumfänglichen Bestätigung des Urteils des Berufungsgerichts, das den Unterlassungsanträgen des klagenden Verbraucherschutzvereins ebenfalls entsprochen hatte.

d)

Hebt der Inhaber eines **Pfändungsschutzkontos**, das ein Guthaben aufweist, von diesem Konto am **letzten Tag des Monats**, einem **Samstag**, an einem **Bankautomaten** des kontoführenden Kreditinstituts einen Geldbetrag ab, der das Guthaben nicht übersteigt, so hat er an diesem Tag i.S.v. § 850k Abs. 1 Satz 1 und 3 ZPO über sein Guthaben auf dem Pfändungsschutzkonto **verfügt**, auch wenn das Kreditinstitut die Buchung auf dem Girokonto erst am darauf folgenden Montag vornimmt. Verfügt der Kontoinhaber nur über einen **Teil seines Guthabens** auf dem Pfändungsschutzkonto, das sich zusammensetzt aus im laufenden Monat gutgeschriebenen Beträgen und aus Guthaben aus dem Vormonat, das gemäß § 850k Abs. 1 Satz 3 ZPO nicht von der Pfändung erfasst wird, so ist diese Verfügung **zunächst auf das pfändungsfreie Guthaben aus dem Vormonat** anzurechnen. Das hat der XI. Zivilsenat am 17. Oktober 2017⁴³ entschieden.

Das Guthaben auf einem Pfändungsschutzkonto ist gemäß § 850k Abs. 1 Satz 1 ZPO in der Weise geschützt, dass der Schuldner jeweils bis zum

⁴¹ BGH, a.a.O., Rn. 55 f., Rn. 60.

⁴² BGH, a.a.O., Rn. 67.

⁴³ [XI ZR 419/15](#) – juris.

Ende des Kalendermonats über Guthaben in Höhe des **monatlichen Freibetrags** verfügen kann und das Guthaben insoweit nicht von der Pfändung erfasst wird. Soweit der Schuldner in dem betreffenden Kalendermonat nicht über Guthaben in Höhe des monatlichen Freibetrags verfügt hat, wird dieses Guthaben nach § 850k Abs. 1 Satz 3 ZPO im **folgenden Kalendermonat zusätzlich** zu dem (neu) geschützten Guthaben für diesen Kalendermonat nicht von der Pfändung erfasst. Wird ein **übertragenes Guthaben** allerdings auch im Folgemonat nicht verbraucht, gebührt es dem Gläubiger.⁴⁴

Im Fall einer **Barabhebung an einem Geldautomaten** der kontoführenden Bank ist für das Vorliegen einer **Verfügung** i.S.v. § 850k Abs. 1 ZPO der Zeitpunkt der **Abhebung des Geldes als solcher** maßgeblich, auch wenn die **Buchung auf dem Konto** erst an einem nachfolgenden Tag erfolgt. Der Zahlungsauftrag (§ 675f Abs. 3 Satz 2 BGB), den der Kunde mit der Eingabe des gewünschten Geldbetrags und der PIN an dem Geldautomaten erteilt, geht der Bank im selben Moment zu, unabhängig davon, ob es sich um einen **Samstag, Sonntag oder Feiertag** handelt. Alle Tage, an denen der jeweilige Bankautomat betrieben wird, sind nach Ansicht des Senats für die Zwecke dieses Zahlungsauftrags **Geschäftstage** i.S.v. § 675n Abs. 1 Satz 4 BGB, ohne dass es auf die konkreten Öffnungs- oder Geschäftszeiten der kontoführenden Filiale ankäme. Der mit der Abhebung verbundene Zahlungsvorgang i.S.d. § 675f Abs. 3 Satz 1 BGB wird ausgeführt, ohne dass dazu Personal, zum Beispiel in Gestalt von Kundenberatern, vorgehalten wird. Die individuelle Disposition der Bank wird in diesem Fall allein vom **Geldautomatensystem** vorgenommen. Der Vorgang ist in dem Moment **abgeschlossen**, in welchem der Kunde das Geld aus dem **Geldausgabefach des Bankautomaten entnommen** hat. Der Umstand, dass die Bank den Zahlungsvorgang erst zu einem späteren Zeitpunkt auf dem Konto verbucht, ist demgegenüber für den Abschluss des Zahlungsvorgangs und damit auch für das Vorliegen

⁴⁴ BGH, a.a.O., juris, Rn. 19.

einer Verfügung i.S.v. § 850k Abs. 1 ZPO unerheblich.⁴⁵ Eine Klausel in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** der Bank, wonach der Samstag kein Geschäftstag sei, ändert daran nichts, weil die Regelung in § 675n Abs. 1 Satz 4 BGB gemäß § 675e Abs. 1 BGB ist **nicht zu Lasten des Kunden abdingbar** ist.⁴⁶

Die klagende Bankkundin konnte daher noch im Monat Mai vollständig über den aus dem Monat April übertragenen Pfändungsfreibetrag verfügen, indem sie am 31. Mai 2014, einem **Samstag**, an einem Geldautomaten der Beklagten 500,00 € abgehoben hat.⁴⁷ Sie kann daher nach § 675u Satz 1 und 2 Halbsatz 2 BGB die **Wiedergutschrift** des am 11. Juni 2014 **zugunsten eines Pfändungsgläubigers belasteten Betrags** von 116,05 € verlangen, weil der überwiesene Betrag nicht von der Pfändung erfasst und der **Zahlungsvorgang damit nicht autorisiert** war.⁴⁸ Wie der Senat weiter annimmt, hat die Klägerin mit der am 31. Mai getätigten Abhebung i.H.v. 500,00 € primär über den noch **verbliebenen Restbetrag** des aus dem Monat April **übertragenen Guthabens** (116,05 €) und nur in der diesen Betrag übersteigenden Höhe über das im Monat Mai neu eingegangene pfändungsfreie Guthaben verfügt.⁴⁹

Dies führte zur Bestätigung der Entscheidung des Berufungsgerichts, das die Bank ebenfalls für verpflichtet gehalten hat, die Kontobelastung rückgängig zu machen.

⁴⁵ BGH, a.a.O., Rn. 21 f., Rn. 26.

⁴⁶ BGH, a.a.O., Rn. 21 f., Rn. 27.

⁴⁷ BGH, a.a.O., Rn. 20.

⁴⁸ BGH, a.a.O., Rn. 17 f.

⁴⁹ BGH, a.a.O., Rn. 28 f.

2. Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung einschließlich Auslandsgeschäft

a)

Mit Hinweisbeschluss vom 25. Juli 2017⁵⁰ hat der XI. Zivilsenat seine mit Urteil vom 21. Februar 2017⁵¹ niedergelegte Rechtsauffassung bekräftigt, wonach eine Bausparkasse im Regelfall berechtigt ist, einen **Bausparvertrag** gemäß § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung (nunmehr § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB) **nach Ablauf von zehn Jahren nach Zuteilungsreife zu kündigen.**⁵²

Von einem **vollständigen Empfang** des Darlehens ist bei einem Bausparvertrag im Zeitpunkt der **erstmaligen Zuteilungsreife** auszugehen.⁵³ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 6 Abs. 1 i.V. mit Abs. 5 ABB auf Grund des dort vorgesehenen **Wahlrechts** betreffend die **Höhe der Guthabenverzinsung** während der Ansparphase. Diese Regelung betrifft ein etwaiges Agio und führt nach Ansicht des Senats zu keiner Modifikation des Vertragszwecks im Hinblick auf die vertragliche Verpflichtung des Bausparers zur Darlehensgewährung. Sie betrifft vielmehr allein die Gegenleistungspflicht der Bausparkasse für die Kapitalüberlassung, die aber für die Frage, wann das vom Bausparer zu gewährende Zweckdarlehen von der Bausparkasse vollständig empfangen ist, keine Bedeutung hat. Die Regelung ändert nichts daran, dass die (variabel zu verzinsenden) Ansparleistungen weiterhin **zweckgebunden** sind, um einen Anspruch auf Gewährung eines Bauspardarlehens zu erlangen. Insoweit ist dieser Fall nach Ansicht des Senats anders gelagert als der Fall eines zeitlich begrenzten Verzichts auf die Gewährung eines Bauspardarlehens, bei dem

⁵⁰ [XI ZR 116/17](#) – juris; die Revision ist nach diesem Hinweis zurückgenommen worden.

⁵¹ [XI ZR 185/16](#) – juris, Rn. 34 f.

⁵² BGH, Beschluss vom 25. Juli 2017 – [XI ZR 116/17](#) – juris, Rn. 7 unter Hinweis darauf, dass die gegen das Urteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 185/16](#) – gerichtete Verfassungsbeschwerde vom Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 21. Juni 2017 – 1 BvR 918/17 (n.v.) – nicht zur Entscheidung angenommen wurde; vgl. auch Urteil vom 01. August 2017 – [XI ZR 469/16](#) – juris, Rn. 18 f.

⁵³ BGH, a.a.O., juris, Rn. 9 unter Hinweis auf Urteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 185/16](#) – juris, Rn. 71 f.

der Vertrag nach Ablauf des Verzichtszeitraumes fortgesetzt wird und bei dem die Ansparleistungen während der Karenzzeit zusätzlich einem reinen Sparzweck dienen.⁵⁴

Der Senat beabsichtigt danach, die Revision gemäß § 552 a ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, weil das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei von einer wirksamen Kündigung des Bausparvertrags ausgegangen ist und Zulassungsgründe nach der durch Urteil vom 21. Februar 2017⁵⁵ erfolgten Klärung nicht (mehr) vorliegen.

b)

In zwei Entscheidungen vom 24. Oktober 2017⁵⁶ hatte sich der XI. Zivilsenat mit dem **Bürgschaftsrecht** zu befassen. Er hat ausgesprochen, dass ein Bürge, dem wegen der **Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung** nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB eine **dauerhafte Einrede** gegen den Gläubiger zustand, das von ihm dennoch Geleistete nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Gläubiger **zurückverlangen** kann. Weiter hat er entschieden, dass eine in einem Vertrag über Bauleistungen **formulärmäßig vereinbarte Sicherungsabrede**, die es dem Auftragnehmer auferlegt, zur **Ablösung eines Gewährleistungseinbehalts** eine Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen **unzulässigen Regelungsinhalt** (hier: formulärmäßiger Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit, der auch unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners umfasst) zu stellen, den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt und nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist.

Der Senat bejaht damit die bisher umstrittene Frage, ob dem Bürgen, der trotz Bestehens einer dauerhaften Einrede nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB an den Gläubiger aus der Bürgschaft leistet, nach § 813 Abs. 1 Satz 1

⁵⁴ BGH, a.a.O., juris, Rn. 10.

⁵⁵ [XI ZR 185/16](#) – juris.

⁵⁶ [XI ZR 362/15](#) – juris; [XI ZR 600/16](#) – juris.

BGB ein **Kondiktionsanspruch** gegen den Gläubiger zusteht.⁵⁷ Die Bürgschaft begründet nach der Beurteilung des Senats eine von der Verpflichtung des Hauptschuldners zu unterscheidende, **rechtlich selbstständige Verpflichtung**, die ihren Rechtsgrund in sich selbst trägt und daher grundsätzlich unabhängig vom Bestand der Hauptschuld gültig ist. Den Bürgen trifft daher im Falle der Inanspruchnahme durch den Gläubiger eine **eigenständige Zahlungspflicht** gegenüber diesem. Zahlt der Bürge daraufhin an den Gläubiger, leistet er in der Regel zum Zwecke der Erfüllung dieser eigenen Verbindlichkeit und nicht zur Erfüllung der besicherten Hauptverbindlichkeit, da er diese nach § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB erwerben will. Aus der maßgeblichen Sicht des Gläubigers liegt deshalb regelmäßig keine Leistung des Hauptschuldners, sondern eine **Leistung des Bürgen** vor. Bestand die Verpflichtung des Bürgen nicht oder nicht in der geleisteten Höhe, etwa mangels gesicherter Hauptverbindlichkeit (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB), hat der Bürge an den Gläubiger **ohne Rechtsgrund** geleistet und die Tatbestandsvoraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB sind erfüllt. All dies gilt nach Ansicht des Senats auch dann, wenn dem Anspruch des Gläubigers aus der Bürgschaft eine **dauerhafte Einrede** entgegensteht, denn § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB stellt die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit, der eine dauerhafte Einrede entgegensteht, der Leistung ohne Rechtsgrund nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB gleich und gewährt dem Leistenden einen **inhaltsgleichen Kondiktionsanspruch**.⁵⁸

Der Bürge kann damit nach Inanspruchnahme durch den Gläubiger im Ergebnis **wählen**, ob er beim Hauptschuldner nach § 670 BGB bzw. über die *cessio legis* aus § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB Regress nimmt oder beim Gläubiger kondiziert. Dass der Bürge im Falle der ungerechtfertigten Inanspruchnahme durch den Gläubiger auch von dessen eventuell **besserer Bonität** profitiert, ist nach Ansicht des Senats folgerichtig, weil er für

⁵⁷ BGH, Urteil vom 24. Oktober 2017 – [XI ZR 362/15](#) – juris, Rn. 14 f.

⁵⁸ BGH, a.a.O., Rn. 16 f., Rn. 18.

diesen Fall gerade nicht das **Insolvenzrisiko des Hauptschuldners** durch seine Bürgschaft übernommen hat.⁵⁹

Eine solche dauerhafte Einrede des Bürgen kann sich nach den weiteren Ausführungen des Senats daraus ergeben, dass die **zugrunde liegende Sicherungsabrede** zwischen Hauptschuldner und Gläubiger **unwirksam** ist. In einem solchen Fall kann sich der Bürge auf die Einrede des Hauptschuldners berufen, dass der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bürgen zu unterlassen hat. Das folgt aus dem Sinn und Zweck des **Akzessorietätsgedankens**, der sicherstellen soll, dass der Bürge grundsätzlich nicht mehr zu leisten hat als der Hauptschuldner.⁶⁰ Bei Unwirksamkeit der Sicherungsabrede steht dem Hauptschuldner gegenüber dem Begehren des Gläubigers auf Stellung der Bürgschaft die dauerhafte Einrede aus § 821 BGB bzw. **nach Übernahme der Bürgschaft** nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ein **Anspruch auf deren Rückgewähr** zu. Darauf kann sich nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auch der Bürge berufen mit der weiteren Folge, dass er das auf die Bürgschaft geleistete nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Gläubiger zurückfordern kann.⁶¹

Eine formularmäßig vereinbarte Sicherungsabrede in einem **Vertrag über Bauleistungen** ist unwirksam, wenn sie es dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungseinbehalts eine Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt zu stellen⁶². Eine solche Ablösungsmöglichkeit stellt keinen angemessenen Ausgleich für die Vereinbarung eines Sicherheitseinbehalts dar, weil der Auftraggeber damit die Ablösung durch eine Bürgschaft verlangt, die der Auftragnehmer nicht wirksam stellen kann, sondern ihn zwingt, gegen **AGB-rechtliche Klauselverbote** zu verstoßen.⁶³ Ein solcher unzulässiger Regelungsinhalt liegt nach der gefestigten Rechtsprechung etwa dann vor, wenn formular-

⁵⁹ BGH, a.a.O., Rn. 20 f.

⁶⁰ BGH, a.a.O., juris, Rn. 22 f. und [XI ZR 600/16](#) – juris, Rn. 14.

⁶¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 24.

⁶² BGH, a.a.O., juris, Rn. 34 und [XI ZR 600/16](#) – juris, Rn. 23.

⁶³ BGH, a.a.O., juris, Rn. 36 und [XI ZR 600/16](#) – juris, Rn. 25.

mäßig die **Einrede der Aufrechenbarkeit** auch für **unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen** des Hauptschuldners ausgeschlossen werden soll.⁶⁴ Der Auftragnehmer wird durch die dahingehende Sicherungsabrede im Verhältnis zum Bürgen zwangsläufig in die Rolle des **Verwenders** Allgemeiner Geschäftsbedingungen gedrängt, weil er die betreffende Klausel verwenden muss und er sie deshalb in den Verhandlungen mit dem Bürgen nicht ernsthaft zur Disposition stellen kann. Es ist deshalb unerheblich, dass der weite Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit **individualvertraglich** vereinbart werden könnte.⁶⁵

In dem Verfahren XI ZR 600/16 führte dies zur Bestätigung des Berufungsgerichts, das die **Inanspruchnahme** der Bürgin aus der Gewährleistungsbürgschaft mit der Begründung abgelehnt hatte, dass die zugrunde liegende Sicherungsabrede unwirksam sei. Im Verfahren XI ZR 362/15 konnte die Entscheidung des Berufungsgerichts hingegen keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte einen **Rückforderungsanspruch** des Bürgen trotz Unwirksamkeit der zwischen dem Gläubiger und der Hauptschuldnerin im Bauvertrag getroffenen Sicherungsabrede noch mit der Erwägung verneint, der Bürge könne sich, nachdem er die Bürgschaft gestellt habe, nicht darauf berufen, der Hauptschuldner sei hierzu nicht verpflichtet gewesen. Dies hat der Senat aus den dargelegten Gründen anders beurteilt und der Klage auf Rückerstattung von Leistungen der Bürgin aufgrund einer Gewährleistungsbürgschaft stattgegeben.

c)

Nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 28. November 2017⁶⁶ kann sich der **Bürge** nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auf ein **Leistungsverweigerungsrecht des Hauptschuldners** aus einem zwischen diesem und dem Gläubiger geschlossenen **Stillhalteabkommen** auch dann berufen, wenn

⁶⁴ BGH, a.a.O., juris, Rn. 31 und [XI ZR 600/16](#) – juris, Rn. 20.

⁶⁵ BGH, Urteile vom 24. Oktober 2017 – [XI ZR 362/15](#) – juris, Rn. 37 und [XI ZR 600/16](#) – juris, Rn. 26.

⁶⁶ [XI ZR 211/16](#) – juris.

sich der Gläubiger in dem Stillhalteabkommen die Geltendmachung der Ansprüche aus der Bürgschaft **ausdrücklich vorbehalten** hat.

Damit hat der Senat eine bisher umstrittene Rechtsfrage zugunsten des Bürgen entschieden und abermals den **Akzessorietätsgrundsatz** hervorgehoben.⁶⁷ Dies gilt nach Ansicht des Senats auch dann, wenn eine erst nach Übernahme der Bürgschaft zwischen Hauptschuldner und Gläubiger geschlossene Stillhaltevereinbarung dazu dienen soll, die **Insolvenz des Hauptschuldners** zu vermeiden, und zur Erreichung dieses Zwecks gleichzeitig eine entsprechende **Entlastung des Bürgen ausgeschlossen** sein sollte. Denn Gläubiger und Hauptschuldner können über den **Schutz des Bürgen** nicht ohne dessen Mitwirkung verfügen. Eine dem Bürgen nachteilige Abrede ist nach der Beurteilung des Senats als **Vertrag zulasten Dritter** diesem gegenüber unwirksam.⁶⁸ Dem entspricht der § 768 Abs. 2 BGB zugrunde liegende Rechtsgedanke. Danach bleibt es ohne Wirkung gegenüber dem Bürgen, wenn der Hauptschuldner auf eine ihm zustehende Einrede verzichtet. Entsprechend kann der Hauptschuldner auch nicht mit Wirksamkeit gegenüber dem Bürgen vereinbaren, dass eine solche Einrede zwar ihm, nicht aber dem Bürgen zugutekommen soll. Etwas anderes würde nach Ansicht des Senats nur gelten, wenn der Bürge hinsichtlich einzelner Einreden formwirksam auf seine Rechte aus § 768 BGB verzichtet hätte.⁶⁹

Die Abweisung der Klage auf Feststellung der Forderung aus der Bürgschaft zur Insolvenztabelle – der Bürge war ebenfalls in Insolvenz gefallen – hatte danach Bestand. Denn die Bürgin kann sich nach der mit der Vorinstanz übereinstimmenden Beurteilung des Senats auf das **Leistungsverweigerungsrecht der Hauptschuldnerin** aus dem Stillhalteabkommen (**pactum de non petendo**) berufen, obgleich sich die Klägerin die Geltendmachung der Ansprüche aus der Bürgschaft **ausdrücklich**

⁶⁷ BGH, Urteil vom 28. November 2017 – [XI ZR 211/16](#) – juris, Rn. 21; vgl. schon BGH, Urteile vom 24. Oktober 2017 – [XI ZR 362/15](#) – juris, Rn. 22 f. und [XI ZR 600/16](#) – juris, Rn. 14.

⁶⁸ BGH, a.a.O., Rn. 27.

⁶⁹ BGH, a.a.O., Rn. 28.

vorbehalten hatte. Dieser Umstand führt nach Ansicht des Senats auch nicht dazu, dass die unbefristete Stillhaltevereinbarung insgesamt unwirksam ist. Allein der Umstand, dass die Abrede entgegen der Erwartung der Parteien dem Bürgen eine Einrede eröffnet, begründet nicht deren **Anfechtbarkeit**. Eine Fehlvorstellung der Parteien des Vergleichs, die Haftung der Insolvenzschuldnerin als Bürgin könne neben einer umfassenden, unbefristeten Stillhaltevereinbarung zur Hauptforderung unverändert aufrecht erhalten werden, würde nach Ansicht des Senats lediglich einen **unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtum** darstellen.⁷⁰

d)

Mit Urteil vom 20. Juni 2017⁷¹ hat der XI. Zivilsenat geklärt, dass die **Kombination der Ortsangabe mit einer Großkundenpostleitzahl** anstelle der Angabe von Straße und Hausnummer nebst zugehöriger Postleitzahl des **Widerrufsadressaten** nicht der Vorgabe des Gestaltungshinweises (3) der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV (Fassung bis zum 07. Dezember 2004) entspricht und zum **Verlust der Gesetzlichkeitsfiktion** führt.

Er hat weiter ausgesprochen, dass die **Übereinstimmung von vorformulierten Widerrufsbelehrungen mit höherrangigem Recht** (hier: mit dem Belehrungsmuster des Ordnungsgebers) eine **ohne Bindung an das Parteivorbringen** zu untersuchende Rechtsfrage ist, für die der Beibringungsgrundsatz nicht gilt.

Zudem hatte er Gelegenheit, zu den Voraussetzungen für den Erlass eines **Teilurteils** im Falle der Geltendmachung von **Rückgewähransprüchen nach Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrags** und Ansprüchen auf **Schadensersatz wegen (vor-) vertraglichen Aufklärungsverschuldens** Stellung zu nehmen.

⁷⁰ BGH, a.a.O., Rn. 33.

⁷¹ [XI ZR 72/16](#) – juris.

Die Widerrufsbelehrungen zu den Darlehensverträgen enthielten anstelle der nach Gestaltungshinweis (3) der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV in der vom 01. September 2002 bis zum 07. Dezember 2004 geltenden Fassung in Übereinstimmung mit den höherrangigen gesetzlichen Vorschriften geforderten **Angabe der ladungsfähigen Anschrift** lediglich eine Ortsangabe in Kombination mit einer Großkundenpostleitzahl. Dies ist zwar an sich zulässig⁷², lässt aber, wie der Senat nunmehr im Anschluss an sein Urteil vom 12. Juli 2016⁷³ ausgesprochen hat, die **Gesetzlichkeitsfiktion des Musters für die Widerrufsbelehrung entfallen**.⁷⁴

Die Widerrufsbelehrungen enthielten im Streitfall noch eine weitere Abweichung von dem Muster, die die Grenzen des für den Erhalt der Gesetzlichkeitsfiktion Unschädlichen überschritt. Zwischen dem ersten und dem zweiten Satz unter der Überschrift „Widerrufsfolgen“ war der Passus eingefügt: **„Bereits geleistete Einlagen werden binnen zwei (2) Wochen nach Zugang des Widerrufs zurücküberwiesen“**. Durch diesen Einschub hat die Bank nach Ansicht des Senats in einem Umfang in das Muster eingegriffen, der den beispielhaft in § 14 Abs. 3 BGB-InfoV a.F. aufgelisteten Abweichungen nicht mehr entsprach.⁷⁵

Diese Abweichung zwischen Widerrufsbelehrung und Muster ist auch dann zu beachten, wenn der klagende Bankkunde sich hierauf nicht beruft. Nicht etwa folgt aus dem zivilprozessualen **Beibringungsgrundsatz**, nur solche Abweichungen heranzuziehen, die vom Kläger vorgetragen sind. Denn bei vorformulierten Widerrufsbelehrungen handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die wie **revisible Rechtsnormen** zu behandeln sind. Ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht (hier: mit dem Belehrungsmuster des Ordnungsgebers) ist nach der Rechtspre-

⁷² BGH, Urteil vom 20. Juni 2017 – [XI ZR 72/16](#) – juris, Rn. 26 unter Hinweis auf Urteile vom 11. April 2002 – [I ZR 306/99](#), WM 2002, 1352, 1353 und vom 25. Januar 2012 – [VIII ZR 95/11](#), WM 2012, 561 Rn. 13.

⁷³ [XI ZR 564/15](#) – juris, Rn. 24.

⁷⁴ BGH, Urteil vom 20. Juni 2017 – [XI ZR 72/16](#) – juris, Rn. 26.

⁷⁵ BGH, a.a.O., Rn. 29.

chung des Senats eine **Rechtsfrage** und ohne Bindung an das Parteivorbringen zu untersuchen. Der Beibringungsgrundsatz gilt insoweit nicht.⁷⁶

Das Berufungsurteil konnte sonach keinen Bestand haben. Der Senat hat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Nicht gebilligt hat der Senat auch die Verfahrensweise des Berufungsgerichts, über die Wirksamkeit des Widerrufs der Darlehensverträge vorab durch **klageabweisendes Teilurteil** zu entscheiden und Ansprüchen auf **Schadensersatz wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung**, Prospekthaftung und Delikt im Zusammenhang mit der finanzierten Kapitalanlage zurückzustellen. Zwar handelt es sich bei dem auf einen Widerruf gestützten Rückabwicklungsanspruch aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung i.V.m. §§ 346 ff. BGB und mit § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB in der zwischen dem 01. Januar 2002 und dem 29. Juli 2010 geltenden Fassung einerseits und dem mit einem oder mehreren Aufklärungsfehlern begründeten (vor-) vertraglichen Schadensersatzanspruch andererseits materiell-rechtlich um unabhängig nebeneinander stehende Ansprüche und in prozessualer Hinsicht um **unterschiedliche Streitgegenstände**.⁷⁷ Jedoch besteht in einer solchen Konstellation die **Gefahr widersprechender Entscheidungen**. Denn im Rahmen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ist der Widerruf des Finanzierungsvertrags dahin zu berücksichtigen, dass der von dem geschädigten Anleger nach den Grundsätzen der **Vorteilsausgleichung** herauszugebende Vorteil nicht mehr in der Gesellschaftsbeteiligung als solcher, sondern nur noch in den Rechten aus dieser Beteiligung besteht.⁷⁸ Daran ändert auch die prozessual unverbindliche „Absichtserklärung“ des Berufungsgerichts nicht, das Verfahren „erst dann fortzusetzen, wenn das vorliegende Teilurteil in Rechtskraft erwachsen ist“.⁷⁹

⁷⁶ BGH, a.a.O., Rn. 28.

⁷⁷ BGH, a.a.O., Rn. 16.

⁷⁸ BGH, a.a.O., Rn. 18.

⁷⁹ BGH, a.a.O., Rn. 19.

e)

Im Berichtszeitraum hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, weitere Detailfragen zu den **inhaltlichen Anforderungen an die Widerrufsbelehrung** zu Verbrauchercreditverträgen zu klären.

aa)

Danach genügt eine **einheitliche Widerrufsbelehrung** in Fällen, in denen **mehrere Darlehensverträge in einer Vertragsurkunde** zusammengefasst sind, ohne dass mittels der Verwendung einer einheitlichen Belehrung zugleich eine Vorentscheidung darüber getroffen ist, ob der Widerruf der auf den Abschluss eines der Darlehensverträge gerichteten Willenserklärungen zugleich Auswirkungen auf den Bestand der übrigen Darlehensverträge hat. Für die Widerrufsinformation gilt nichts anderes.⁸⁰ Umso mehr gilt dies nach dem Dafürhalten des Senats, wenn die deutlich in Textform auf mehrere – wie hier zwischen denselben Parteien geschlossene – Darlehensverträge bezogene Widerrufsbelehrung über die Widerruflichkeit von Willenserklärungen unterrichtet, die in **verschiedenen Vertragsurkunden** niedergelegt sind. Dann kann erst recht beim Verbraucher keine Fehlvorstellung darüber entstehen, dass seine Willenserklärungen nach den Maßgaben der Widerrufsbelehrung jeweils für sich und gesondert widerruflich sind.⁸¹

bb)

Ein Hinweis, dass die Widerrufsfrist erst beginnt, wenn die Belehrung **hinreichend deutlich gestaltet** ist, ist nach § 355 Abs. 2 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung nicht erforderlich.⁸²

cc)

Eine formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen genügende Widerrufsbelehrung wird nicht dadurch undeutlich, dass die Vertragsunter-

⁸⁰ BGH, Beschlüsse vom 29. August 2017 – [XI ZR 318/16](#) – juris, Rn. 2; vom 12. September 2017 – [XI ZR 466/16](#) – juris; vom 26. September 2017 – [XI ZR 399/16](#) – juris.

⁸¹ BGH, Beschluss vom 29. August 2017 – [XI ZR 318/16](#) – juris, Rn. 2.

⁸² BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2017 – [XI ZR 183/17](#) – juris.

lagen **an anderer, drucktechnisch nicht hervorgehobener Stelle** einen inhaltlich nicht ordnungsgemäßen Zusatz enthalten.⁸³ Unabhängig davon hat der Senat den betreffenden „Wichtige[n] Hinweis“ als aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Kunden verständlich angesehen.⁸⁴

dd)

Ein **Belehrungsfehler** liegt in dem Einschub „**Besonderer Hinweis: Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn der Vertrag vollständig erfüllt ist und Sie dem ausdrücklich zugestimmt haben**“. Dies gilt auch für einen Darlehensvertrag, der als **Fernabsatzvertrag** geschlossen ist. Denn nach § 312d Abs. 5 Satz 1 BGB in der zwischen dem 08. Dezember 2004 und dem 03. August 2011 geltenden Fassung ist das Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung ausgeschlossen gewesen und hat allein das Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB bestanden. Entsprechend konnte das Widerrufsrecht entgegen dem erteilten Hinweis nicht nach § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB in der zwischen dem 08. Dezember 2004 und dem 03. August 2009 geltenden Fassung unter den dort genannten Voraussetzungen erlöschen.⁸⁵

ee)

Dem inhaltlichen Deutlichkeitsgebot genügt die Widerrufsbelehrung auch dann, wenn sie bei Verbraucherdarlehensverträgen grundsätzlich **entbehrliche, inhaltlich aber zutreffende Angaben über „Widerrufsfolgen“** enthält.⁸⁶ Auch eine zutreffende Belehrung über „**Finanzierte Geschäfte**“ darf in die Widerrufsbelehrung aufgenommen werden, selbst wenn ein verbundener Vertrag nicht vorliegt.⁸⁷

⁸³ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 443/16](#) – juris, Rn. 25.

⁸⁴ BGH, a.a.O., Rn. 25.

⁸⁵ BGH, a.a.O., Rn. 18.

⁸⁶ BGH, Urteil vom 28. November 2017 – [XI ZR 432/16](#) – juris, Rn. 10 unter Hinweis auf Senatsurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 48; Beschluss vom 05. Dezember 2017 – [XI ZR 294/17](#) – juris, Rn. 7.

⁸⁷ BGH, Urteil vom 28. November 2017 – [XI ZR 432/16](#) – juris, Rn. 10 unter Hinweis auf Senatsurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 49.

ff)

Die überflüssige Belehrung über die Widerrufsfolgen ist ordnungsgemäß und damit unschädlich, wenn sie im Wesentlichen der entsprechenden Passage unter der Überschrift „Widerrufsfolgen“ in dem **Muster** für die Widerrufsbelehrung gemäß Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV in der zwischen dem 01. September 2002 und dem 07. Dezember 2004 geltenden Fassung entspricht, auch wenn sie den Zusatz enthält: „**Verpflichtungen zur Erstattung von Zahlungen**“ sind „**innerhalb von 30 Tagen nach Absendung [der] Widerrufserklärung [zu] erfüllen**“.⁸⁸

gg)

Der vorformulierte Satz über der Unterschriftsleiste: „**Mit nachstehender Unterschrift werden die erfolgte Belehrung und der Erhalt eines Exemplars der Widerrufsbelehrung bestätigt.**“ beeinträchtigt die Deutlichkeit der Widerrufsbelehrung, auch wenn sie von Gesetzes wegen nicht gesondert unterschrieben werden musste, ebenfalls nicht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er **räumlich von der Widerrufsbelehrung abgesetzt** ist.⁸⁹ Der im ersten Satzteil niedergelegte Kenntnismahnevermerk ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats ohnedies ohne Rücksicht auf seinen Standort unschädlich.⁹⁰

hh)

Eine inhaltliche Bearbeitung, die über das nach § 14 Abs. 3 BGB-InfoV in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung für den Erhalt der **Gesetzlichkeitsfiktion** Unschädliche hinausgeht, liegt vor, wenn unter der Überschrift „Widerrufsrecht“ **zwei Fußnoten** eingefügt sind, die das Muster für die Widerrufsbelehrung nicht vorsah, der **Gestaltungshinweis 3** kursiv gesetzt in den Text übernommen, im Abschnitt „Widerrufsfolgen“ der **Gestaltungshinweis 6 nicht umgesetzt**, der **letzte Satz des Musters weggelassen** ist und unter der Überschrift „Finanzierte Geschäfte“ die Mustertexte für Darlehensverträge und den finanzierten Erwerb eines

⁸⁸ BGH, Beschluss vom 05. Dezember 2017 – [XI ZR 294/17](#) – juris, Rn. 8.

⁸⁹ BGH, a.a.O., Rn. 10.

⁹⁰ BGH, a.a.O., Rn. 10.

Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts entgegen den Vorgaben des Gestaltungshinweises 9 **kombiniert** sind. Für den Verlust der Gesetzlichkeitsfiktion ist es ohne Belang, ob die Abweichung vom Muster eine Passage betrifft, die auch **ganz hätte entfallen können**.⁹¹

ii)

Die Ergänzung der **Überschrift** „Widerrufsbelehrung“ durch den Zusatz **„Nr. 2 zum Darlehensvertrag mit der He. (Abschnitte B. und D. des Zeichnungsscheins)“** steht der Berufung auf die **Gesetzlichkeitsfiktion** nicht entgegen⁹². Eine solche Ergänzung der Überschrift entspricht ihrer Qualität nach den vom Gesetzgeber selbst als zuträglich anerkannten Abweichungen. Dies gilt auch für die im ersten Satz des Abschnitts „Widerrufsrecht“ eingefügte Formulierung **„im Zeichnungsschein enthaltene, auf die Aufnahme der Fremdfinanzierung (Darlehensvertrag) gerichtete“**, mit der die Widerrufsbelehrung ebenfalls nur **einem konkreten Verbrauchervertrag zugeordnet** worden ist, sowie für die im ersten Halbsatz des Abschnitts „Finanzierte Geschäfte“ vorgenommene Umstellung („Falls Sie diesen Darlehensvertrag widerrufen“ statt „Widerrufen Sie diesen Darlehensvertrag“), die ohne Abstriche bei der Verständlichkeit des Textes die Formulierung des Musters durch ein Synonym ersetzt.⁹³

Der Berufung auf die Gesetzlichkeitsfiktion steht auch nicht entgegen, wenn als **Adressat** der Widerrufserklärung **nicht der Darlehensgeber selbst** angegeben ist, sondern entsprechend Gestaltungshinweis (3) der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV a.F. die **ladungsfähige Anschrift der Empfangsbevollmächtigten**. Die Bezeichnung eines Empfangsvertreters ist an sich zulässig und nach § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV a.F. für sich unschädlich.⁹⁴

⁹¹ BGH, Versäumnisurteil vom 19. September 2017 – [XI ZR 523/15](#) – juris, Rn. 13.

⁹² BGH, Urteil vom 26. September 2017 – [XI ZR 545/15](#) – juris, Rn. 16 unter Hinweis auf Senatsurteile vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 564/15](#) – juris, Rn. 23 und vom 20. Juni 2017 – [XI ZR 72/16](#) – juris, Rn. 25.

⁹³ BGH, a.a.O., Rn. 17.

⁹⁴ BGH, a.a.O., Rn. 18 unter Hinweis auf Senatsurteile vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 564/15](#) – juris, Rn. 24 und vom 20. Juni 2017 – [XI ZR 72/16](#) – juris, Rn. 26.

Eine für den Erhalt der Gesetzlichkeitsfiktion schädliche **inhaltlichen Bearbeitung** liegt aber vor, wenn unter der Überschrift „Finanzierte Geschäfte“ der **Gestaltungshinweis (8) nicht vollständig umgesetzt** ist, indem von dem Hinweis für die Belehrung für den Darlehensvertrag **nur der erste Absatz** übernommen wird. Da der zweite Absatz – anders als z.B. der Gestaltungshinweis (2) – nicht optional gestaltet war, hat seine Nichtübernahme zur Folge, dass die Bank sich nicht auf die Gesetzlichkeitsfiktion des Musters berufen kann, auch wenn das Darlehen nicht der Finanzierung der **Überlassung einer Sache** diene.⁹⁵

jj)

Die Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB in der vom 30. Juli 2010 bis zum 03. August 2011 greift auch dann ein, wenn ein **Hinweis fehlt**, dass sich bei einem Vertrag über eine vom Darlehensgeber für die Darlehensgewährung verlangte **Zusatzleistung** i.S.d. § 359a Abs. 2 BGB in der vom 30. Juli 2010 bis zum 03. August 2011 geltenden Fassung der Widerruf des Darlehensvertrags auch auf den Vertrag über die Zusatzleistung erstreckt. Denn nach seinem klaren Wortlaut und dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers sieht Gestaltungshinweis 4c des Musters für eine Widerrufsinformation für Verbraucherdarlehensverträge nach Anlage 6 zu Art. 247 § 6 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 EGBGB in der vom 30. Juli 2010 bis zum 03. August 2011 geltenden Fassung einen solchen Hinweis nicht zwingend, sondern nur **fakultativ** vor.⁹⁶

f)

Mit Urteil vom 04. Juli 2017⁹⁷ hat sich der XI. Zivilsenat in Fortführung seiner Entscheidung vom 22. November 2016⁹⁸ mit der Aufnahme **zusätzlich vertraglich vereinbarter „Pflichtangaben“** in Allgemeine Geschäftsbedingungen des Darlehensgebers befasst, die die Parteien des Immobili-

⁹⁵ BGH, a.a.O., Rn. 19.

⁹⁶ BGH, Beschluss vom 12. September 2017 – [XI ZR 718/16](#) – juris.

⁹⁷ [XI ZR 741/16](#) – juris.

⁹⁸ [XI ZR 434/15](#) – juris.

liardarlehensvertrags zur **zusätzlichen Voraussetzung für das Anlaufen der Widerrufsfrist** gemacht haben. Die Entscheidung behandelt zudem die **Zulässigkeit einer Feststellungsklage** im Falle des Widerrufs der auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers.

Die Bank hatte in ihrer Widerrufsbelehrung nach der Angabe „§ 492 Abs. 2 BGB“ in einem Klammerzusatz beispielhaft „Pflichtangaben“ aufgeführt hat, bei denen es sich tatsächlich nicht um Pflichtangaben bei Immobiliendarlehensverträgen handelte. Dadurch hatten die Parteien die **an sich entbehrlichen Angaben** nach Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 3 und 5 EGBGB in der vom 11. Juni 2010 bis zum 20. März 2016 geltenden Fassung in der für gesetzliche Pflichtangaben vorgeschriebenen Form zur zusätzlichen Voraussetzung für das Anlaufen der Widerrufsfrist gemacht.⁹⁹ Dazu gehörten Angaben zu der für die Bank **zuständigen Aufsichtsbehörde** gemäß Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB a.F. und zu dem einzuhaltenden **Verfahren bei der Kündigung** des Vertrags nach Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB a.F.¹⁰⁰

Nach Ansicht des Senats können die danach zu erteilenden Informationen grundsätzlich in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu dem Verbraucherdarlehenvertrag** und **zusammengefasst** erteilt werden. Das Gebot einer **räumlichen Trennung** im Verbraucherdarlehenvertrag lässt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen nicht herleiten. Die Angaben müssen lediglich sämtlich **„klar und verständlich“** erteilt werden. Ist diesem Erfordernis genügt, können die Angaben nach Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 und Nr. 6 EGBGB a.F. zusammengefasst werden.¹⁰¹

Diese Voraussetzung war im Streitfall erfüllt, weil die Angaben **übersichtlich gegliedert** und die wesentlichen Punkte waren in **Fettdruck** hervor-

⁹⁹ BGH, Urteil vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 741/16](#) – juris, Rn. 22.

¹⁰⁰ BGH, a.a.O., Rn. 24.

¹⁰¹ BGH, a.a.O., Rn. 26.

gehoben waren. Eines gesonderten Hinweises im Vertragsformular auf den **Standort der Informationen** bedurfte es daneben nicht.¹⁰²

Offengelassen hat der Senat, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einem solchen Fall grundsätzlich **an das Vertragsformular angeheftet** werden müssen, oder ob die zweifelsfreie **Bezugnahme der Haupturkunde** auf die Anlage genügt. Für den Streitfall hat der Senat der Wendung über der Unterschriftenzeile der Kunden, die „**beigehefteten** Allgemeinen Bedingungen für Kredite und Darlehen“ seien „Bestandteil dieses Vertrags“, entnommen, dass die Bank eine Anheftung **selbst zur Bedingung** für eine ordnungsgemäße Unterrichtung der Kunden gemacht hat. An dieser Vorgabe muss sich die Bank nach Ansicht des Senats messen lassen.¹⁰³

Das Berufungsurteil konnte danach keinen Bestand haben. Denn das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zu dem danach erforderlichen Einbezug der „Allgemeine[n] Bedingungen für Kredite und Darlehen“ getroffen, insbesondere dazu, ob diese **dem Vertragsformular hinzugefügt** waren.¹⁰⁴ Dies muss im wiedereröffneten Berufungsverfahren nachgeholt werden.

Ferner hat der Senat beanstandet, dass das Berufungsgericht zu Unrecht von der **Zulässigkeit der Feststellungsklage** ausgegangen ist. Hierbei bekräftigt der Senat seine jüngere Rechtsprechung, wonach ein Kläger, der die Umwandlung eines Verbraucherdarlehensvertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis geltend macht, vorrangig mit der **Leistungsklage** vorgehen muss.¹⁰⁵ Wie der Senat bei anderer Gelegenheit klargestellt hat,¹⁰⁶ kann die Kompetenz des Revisionsgerichts, die Zulässigkeit der

¹⁰² BGH, a.a.O., Rn. 27.

¹⁰³ BGH, a.a.O., Rn. 28.

¹⁰⁴ BGH, a.a.O., Rn. 29.

¹⁰⁵ BGH, a.a.O., Rn. 16 unter Hinweis auf Senatsurteile vom 24. Januar 2017 – [XI ZR 183/15](#) – juris, Rn. 11 f.; vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 13 f.; vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 19 und vom 16. Mai 2017 – [XI ZR 586/15](#) – juris, Rn. 16.

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 456/16](#) – juris, Rn. 10.

Feststellungsklage **von Amts wegen** zu prüfen, nicht dadurch beschnitten werden, dass das Berufungsgericht die Revision ausdrücklich nur zur Begründetheit und nicht auch zur Zulässigkeit der Feststellungsklage zulässt.

Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren weist der Senat außerdem darauf hin, dass die von ihm ausgeführten Grundsätze zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine **Verwirkung des Widerrufsrechts (§ 242 BGB)** anzunehmen ist, die für Fälle einer **unzureichenden Erteilung von Pflichtangaben bei ordnungsgemäßer Widerrufsinformation entsprechend** gelten.¹⁰⁷

g)

Widerrufen **mehrere Darlehensnehmer** ihre auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen oder wandelt sich nach Widerruf nur eines der Darlehensnehmer der Verbraucherdarlehensvertrag im Verhältnis zu sämtlichen Darlehensnehmern in ein (einheitliches) Rückgewährschuldverhältnis um, sind die Darlehensnehmer **Mitgläubiger** der aus dem Rückgewährschuldverhältnis resultierenden Ansprüche. Das hat der XI. Zivilsenat in zwei Urteilen vom 10. Oktober 2017¹⁰⁸ ausgesprochen, und dabei zugleich klargestellt, dass **§ 218 Abs. 1 Satz 1 BGB** auf das Recht, die auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung zu widerrufen, **keine (entsprechende) Anwendung** findet.

Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB ist die Regel, Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB die Ausnahme. Das gilt nach Ansicht des Senats auch im Anwendungsbereich der §§ 346 ff. BGB. Zwar kann jeder der Darlehensnehmer seine auf den Abschluss der Darlehensverträge gerichtete Willenserklärung **gesondert widerrufen**. Sowohl der Widerruf beider Darlehensnehmer als auch der Widerruf nur eines von ihnen führen aber, im letzteren Fall über § 139 BGB, dazu, dass sich die Darlehensverträge im

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 04. Juli 2017 – [XI ZR 741/16](#) – juris, Rn. 35.

¹⁰⁸ [XI ZR 449/16](#) – juris; [XI ZR 555/16](#) – juris.

Verhältnis zu sämtlichen Darlehensnehmern jeweils in ein **(einheitliches) Rückgewährschuldverhältnis** umwandeln¹⁰⁹. Aus diesen der Zahl der Darlehensverträge entsprechenden Rückgewährschuldverhältnissen resultiert (jeweils) eine **(einfache) Forderungsgemeinschaft**, die die Darlehensnehmer zu **Mitgläubigern** macht.¹¹⁰

Das Berufungsgericht, in beiden Fällen der nämliche Senat des Oberlandesgerichts Koblenz, war offenbar ohne nähere Begründung den jeweiligen Klageanträgen gefolgt und damit einmal zu Gesamtgläubigerschaft¹¹¹ und einmal zu Mitgläubigerschaft¹¹² gelangt. Das hat der Senat im Verfahren XI ZR 555/16 korrigiert und darauf hingewiesen, dass das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO berechtigt ist, die Kläger im Falle einer Verurteilung „als Mitgläubiger“ zu bezeichnen, weil insoweit nur ein **Minus** gegenüber der beantragten Gesamtgläubigerschaft in Rede steht.¹¹³ Im umgekehrten Fall gilt dies nicht.¹¹⁴

Der **Widerruf** eines Verbraucherdarlehensvertrags kann, was die Vorinstanz ebenso beurteilt hatte, **nicht in entsprechender Anwendung des § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam** sein. Das Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht verjährt anders als die aus dem Rückgewährschuldverhältnis resultierenden Ansprüche nicht. Es entsteht auch nicht aufgrund der Verletzung der Pflicht des Unternehmers, eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung zu erteilen, sondern **ohne Rücksicht auf die Fehlerhaftigkeit oder Fehlerfreiheit der Widerrufsbelehrung** von Gesetzes wegen. Da es nicht an einen **Anspruch auf fehlerfreie Belehrung** anknüpft, könnte es nach Ansicht des Senats auch nicht mit einem solchen An-

¹⁰⁹ BGH, Urteile vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 449/16](#) – juris, Rn. 27; [XI ZR 555/16](#) – juris, Rn. 20 jeweils unter Hinweis auf Senatsurteil vom 11. Oktober 2016 – [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 22; vgl. auch Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 457/16](#) – juris, Rn. 25.

¹¹⁰ BGH, Urteile vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 449/16](#) – juris, Rn. 27; [XI ZR 555/16](#) – juris, Rn. 20.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 555/16](#) – juris, Rn. 20.

¹¹² BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 449/16](#) – juris, Rn. 27.

¹¹³ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 555/16](#) – juris, Rn. 27.

¹¹⁴ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 449/16](#) – juris, Rn. 27.

spruch **verjähren**. § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB ist deshalb nicht auf das Widerrufsrecht anwendbar.¹¹⁵

In beiden Verfahren unterlagen die Berufungsurteile im Wesentlichen deshalb der Aufhebung, weil die Erwägungen, mit denen jeweils eine **Verwirkung des Widerrufsrechts** verneint wurde, der revisionsrechtlichen Überprüfung anhand der neueren Senatsrechtsprechung hierzu¹¹⁶ nicht standhielten. Der Senat hebt noch einmal hervor, dass eine Verwirkung nicht allein deshalb ausgeschlossen ist, weil die Bank davon ausging oder ausgehen musste, die Darlehensnehmer hätten von ihrem Widerrufsrecht **keine Kenntnis**. Gleiches gilt nach Ansicht des Senats für den Umstand, dass die Bank „**die Situation selbst herbeigeführt hat**“, weil sie eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht erteilt hat. Gerade bei **beendeten Verbraucherdarlehensverträgen** – wie in beiden Streitfällen – kann das Vertrauen des Unternehmers auf ein Unterbleiben des Widerrufs schutzwürdig sein, auch wenn die von ihm erteilte Widerrufsbelehrung ursprünglich den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprach und er es in der Folgezeit versäumt hat, den Verbraucher nach zu belehren.¹¹⁷ Das gilt in besonderem Maße, wenn die Beendigung des Darlehensvertrags auf einen **Wunsch des Verbrauchers** zurückgeht.¹¹⁸

h)

In einer weiteren Entscheidung vom 10. Oktober 2017¹¹⁹ hat der XI. Zivilsenat geklärt, dass die **Telefaxkopie** einer Originalvollmacht **keine Vollmachtsurkunde** i.S.d. § 174 Satz 1 BGB darstellt.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 555/16](#) – juris, Rn. 18.

¹¹⁶ Senatsurteile vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 501/15](#) – juris, Rn. 40 und – [XI ZR 564/15](#) – juris, Rn. 37; vom 11. Oktober 2016 – [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 30 f. und vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 27 f.

¹¹⁷ BGH, Urteile vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 449/16](#) – juris, Rn. 19; [XI ZR 555/16](#) – juris, Rn. 19 jeweils unter Hinweis auf Senatsurteil vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 501/15](#) – juris, Rn. 41; vgl. auch die weitere Parallelentscheidung vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 549/16](#) – juris, Rn. 16 sowie Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 455/16](#) – juris, Rn. 21.

¹¹⁸ BGH, Urteile vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 449/16](#) – juris, Rn. 19; [XI ZR 555/16](#) – juris, Rn. 19 jeweils unter Hinweis auf Senatsurteil vom 11. Oktober 2016 – [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 30; Senatsbeschluss vom 12. September 2017 – [XI ZR 365/16](#) – juris, Rn. 8.

¹¹⁹ [XI ZR 457/16](#) – juris.

Die Übermittlung einer Faxkopie der Vollmacht steht danach der Vorlage der Originalurkunde nicht gleich, so dass der Empfänger der Widerrufserklärung die Möglichkeit hat, den **Widerruf** unter Hinweis auf die fehlende Vollmachtsvorlage unverzüglich **zurückzuweisen**.¹²⁰ Sechs Tage nach Übersendung des Widerrufs erfolgt die Zurückweisung indessen nicht mehr unverzüglich.¹²¹

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Widerrufserklärung der Kläger vom 05. Oktober 2013 entfalte keine Rechtswirkungen, konnte auf dieser Grundlage revisionsrechtlich keinen Bestand haben. Zudem hat der Senat in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass das Widerrufsrecht **nicht von beiden Klägern gemeinschaftlich** ausgeübt werden musste, sondern jedem Kläger die Befugnis zustand, den Widerruf für sich – gegebenenfalls mit den Rechtsfolgen des § 139 BGB für das gesamte Darlehensverhältnis – zu erklären.¹²²

i)

Mit Urteil vom 07. November 2017¹²³ hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit zu der Klarstellung, dass der Widerruf einer auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung als **Gestaltungsrecht**¹²⁴ nach seinem Zugang (§ 130 Abs. 1 Satz 2 BGB) **unwiderruflich** ist und deshalb nach diesem Zeitpunkt nicht mehr zurückgenommen werden kann.¹²⁵

Das Berufungsurteil unterlag gleichwohl weitgehend der Aufhebung, weil das Berufungsgericht verkannt hatte, dass der Antrag des Klägers festzustellen, er habe seine „Willenserklärung zum Abschluss des Darlehensvertrags [...] wirksam widerrufen“, nicht nur **mangels Angabe der maßgeb-**

¹²⁰ BGH, a.a.O., Rn. 26.

¹²¹ BGH, a.a.O., Rn. 26.

¹²² BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 457/16](#) – juris, Rn. 25 unter Hinweis auf Senatsurteil vom 11. Oktober 2016 – [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 13 f.

¹²³ [XI ZR 369/16](#) – juris.

¹²⁴ vgl. Senatsurteil vom 11. Oktober 2016 – [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 19.

¹²⁵ BGH, Urteil vom 07. November 2017 – [XI ZR 369/16](#) – juris, Rn. 29.

lichen Widerrufserklärung unbestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), sondern auch als auf die Klärung einer nicht feststellungsfähigen bloßen **Vorfrage** gerichtet **unzulässig** ist.¹²⁶ Insoweit hat der Senat die Klage selbst als unzulässig (statt wie das Berufungsgericht als unbegründet) **abgewiesen**. Anders als in Fällen, in denen der Verbraucher anstelle der zulässigen Leistungsklage eine seine Ansprüche aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung i.V.m. §§ 346 ff. BGB betreffende unzulässige positive Feststellungsklage erhebt¹²⁷, musste dem Kläger vor einer Abweisung nicht Gelegenheit gegeben werden, seinen Antrag umzustellen, weil er schon in der Berufungsinstanz mittels der **Formulierung eines Hilfsantrags auf Bedenken gegen die Zulässigkeit seines Feststellungsantrags reagiert** hatte.¹²⁸

Als unbegründet hat der Senat auch den Antrag auf **Erstattung der vorgerichtlich verauslagten Anwaltskosten** sowie der verauslagten Kosten für den **Privatgutachter** angesehen, die vor der Erklärung des (ersten) Widerrufs entstanden sind.¹²⁹ Im Übrigen hat der Senat die Sache zurückverwiesen, damit das Berufungsgericht erneut prüfen kann, ob das Widerrufsrecht, wie es angenommen hatte, rechtsmissbräuchlich ausgeübt wurde. Die Erwägung des Berufungsgerichts, der Widerruf habe nicht dazu gedient, „**eine Überrumpelungssituation auszugleichen**“ hat der Senat unter Hinweis darauf missbilligt, dass die Ausübung des Widerrufsrechts nach seiner neueren Rechtsprechung nicht allein deshalb rechtsmissbräuchlich ist, weil sie nicht durch den **Schutzzweck des Widerrufsrechts** motiviert ist.¹³⁰

¹²⁶ BGH, a.a.O., Rn. 14 unter Hinweis auf u.a. auf Senatsurteile vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 12 und vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 457/16](#) – juris, Rn. 18.

¹²⁷ vgl. Senatsurteile vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 39 und vom 14. März 2017 – [XI ZR 442/16](#) – juris, Rn. 32.

¹²⁸ BGH, Urteil vom 07. November 2017 – [XI ZR 369/16](#) – juris, Rn. 20.

¹²⁹ BGH, a.a.O., Rn. 19 unter Hinweis auf Senatsurteil vom 21. Februar 2017 – [XI ZR 467/15](#) – juris, Rn. 23 f.

¹³⁰ BGH, a.a.O., Rn. 19 unter Hinweis auf Urteile vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 501/15](#) – juris, Rn. 20 f. und [XI ZR 564/15](#) – juris, Rn. 45 f.

j)

Von den **gesetzlichen Verjährungshöchstfristen** kann nicht auf ein „**Mindestzeitmoment**“ für die **Verwirkung des Verbraucherwiderrufsrechts** geschlossen werden. Das hat der XI. Zivilsenat mit Urteil vom 10. Oktober 2017¹³¹ ausgesprochen.

Mit der Entscheidung führt der Senat seine Erwägungen zur **Verwirkung des Widerrufsrechts** bei **vorzeitig einvernehmlich beendeten Verbraucherdarlehensverträgen** aus dem Urteil vom 11. Oktober 2016¹³² fort. Die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen der illoyal verspäteten Geltendmachung von Rechten setzt danach neben einem Zeitmoment, für das die maßgebliche Frist mit dem Zustandekommen des Verbrauchervertrags zu laufen beginnt, ein **Umstandsmoment** voraus.¹³³ Dazu führt der Senat nunmehr ergänzend aus, dass Zeit- und Umstandsmoment nicht voneinander unabhängig betrachtet werden können, sondern in einer **Wechselwirkung** stehen. Je länger der Inhaber des Rechts untätig bleibt, desto mehr wird der Gegner in seinem Vertrauen schutzwürdig, das Recht werde nicht mehr ausgeübt werden. Dafür lassen sich nach Ansicht des Senats aber **keine festen Fristen** angeben. Da das Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht anders als die aus dem Rückgewährschuldverhältnis resultierenden Ansprüche nicht verjährt, kann insbesondere aus den gesetzlichen Verjährungshöchstfristen nicht auf ein „**Mindestzeitmoment**“ zurückgeschlossen werden.¹³⁴

Damit konnte das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die hier zwischen der Ablösung des Darlehens und der Erklärung des Widerrufs verstrichene Zeit von **weniger als fünf Jahren** sei für die Verwirkung nicht ausreichend, weil die Bank angesichts des kenntnisabhängigen Beginns der Verjährung grundsätzlich

¹³¹ [XI ZR 393/16](#) – juris.

¹³² [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 30 f.

¹³³ BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 – [XI ZR 482/15](#) – juris, Rn. 30 unter Hinweis auf Senatsurteile vom 12. Juli 2016 – [XI ZR 501/15](#) – juris, Rn. 40 und – [XI ZR 564/15](#) – juris, Rn. 37.

¹³⁴ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – [XI ZR 393/16](#) – juris, Rn. 9.

bis zum Ablauf der Verjährungshöchstfrist, nämlich zum Ablauf von zehn Jahren nach Ablösung des Darlehens im November 2010 damit habe rechnen müssen, dass sie im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag noch in Anspruch genommen werde. Dies hat der Senat missbilligt und die Sache damit zur erneuten tatrichterlichen Würdigung der für eine Subsumtion unter § 242 BGB maßgeblichen Umstände zurückverwiesen. Ergänzend hat er angemerkt, dass die maßgebliche Frist für das Zeitmoment mit dem **Zustandekommen des Verbrauchervertrags anläuft**, nicht, was die Ausführungen des Berufungsgerichts nahe legen, mit der „Ablösung des Darlehens“. ¹³⁵

k)

Mit der **Berechnung des Wertersatzes** nach erfolgreichem Widerruf eines **Immobilienkreditvertrags** befasst sich ein die Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde betreffender Beschluss des XI. Zivilsenats vom 12. September 2017. ¹³⁶

Bei der Berechnung des Wertersatzes nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung ist im Falle des Widerrufs der auf Abschluss eines Immobilienkreditvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers nach § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 Halbsatz 1 BGB der **Vertragszins** maßgeblich. Der Senat sieht es als geklärt an, dass es dem Darlehensnehmer obliegt, einen **geringeren Gebrauchsvorteil nachzuweisen**. ¹³⁷ Das entspricht für Immobilien-Verbraucherdarlehen auch der **zur Zeit geltenden Rechtslage** gemäß § 357a Abs. 3 BGB, mit der der Gesetzgeber das bis zum 12. Juni 2014 geltende Recht nicht ändern, sondern fortschreiben wollte. ¹³⁸

Wie der Senat weiter ausführt, kommt bei einem zu üblichen Bedingungen ausgereichten Kredit eine Herabsetzung der Gebrauchsvorteile allein auf-

¹³⁵ BGH, a.a.O., Rn. 10.

¹³⁶ [XI ZR 365/16](#).

¹³⁷ BGH, Beschluss vom 12. September 2017 – [XI ZR 365/16](#) – juris, Rn. 10.

¹³⁸ BGH, a.a.O., Rn. 10.

grund der **MFI-Zinsstatistik** nicht in Betracht, weil diese den marktüblichen Zins nicht betragsscharf abbilden will und kann.¹³⁹ Darauf, dass die MFI-Zinsstatistik für die Folgejahre wesentlich geringere Effektivzinssätze ausweist, kommt es mangels einer **dynamischen Betrachtungsweise** nicht an. Denn § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BGB macht den Vertragszins zur Richtgröße, so dass sich der nach § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB maßgebliche Vergleichswert anhand der Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und gegebenenfalls jeweils im Zeitpunkt vertraglich vereinbarter Zinsanpassungen bestimmt.¹⁴⁰

I)

In seinem Urteil vom 19. Dezember 2017¹⁴¹ hatte der XI. Zivilsenat Gelegenheit, zu den Anforderungen an die **Sittenwidrigkeit eines strukturierter Darlehensvertrags** sowie zu den **Aufklärungspflichten** der Bank aufgrund eines **Finanzierungsberatungsvertrags** bei Empfehlung eines im Hinblick auf die Verzinsung **wechselkursbasierten** Darlehensvertrags Stellung zu nehmen. Ferner hat er seine Rechtsprechung bestätigt, wonach die Aufklärungspflichtverletzung aus einem Finanzierungsberatungsvertrag lediglich zu einem Anspruch auf Ersatz der durch die gewählte Finanzierung entstandenen **Mehrkosten** führt.

Die objektiven Voraussetzungen eines **wucherähnlichen Kreditgeschäfts** sind nach ständiger Rechtsprechung im Allgemeinen zu bejahen, wenn der effektive Vertragszins den marktüblichen Effektivzins relativ um etwa 100 % oder absolut um zwölf Prozentpunkte überschreitet, wobei in Einzelfällen die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB auf Grund einer Gesamtwürdigung aller weiteren Geschäftsumstände auch zu bejahen sein können, wenn die relative Zinsdifferenz nur zwischen 90 % und 100 % beträgt. Besonderheiten eines gewerblichen Kredits können und müssen im Rahmen der Gesamtwürdigung berücksichtigt werden. Man-

¹³⁹ BGH, a.a.O., Rn. 11.

¹⁴⁰ BGH, a.a.O., Rn. 12.

¹⁴¹ [XI ZR 152/17](#) – juris.

gels grundlegender Unterschiede gelten diese Maßgaben auch bei einem **Kommunaldarlehen**.¹⁴²

All dies gilt nach Ansicht des Senats auch für strukturierte Darlehensverträge mit einem **variablen Zinssatz** und auch dann, wenn der Zinsberechnungsformel ein **spekulatives Element** inne wohnt, weil der Darlehenszinssatz in seiner Höhe von äußeren Faktoren wie Preisindizes oder Wechselkursentwicklungen bestimmt werden soll (im Streitfall: Verknüpfung des Zinssatzes mit der Wechselkursentwicklung zum Schweizer Franken). Alleine die Tatsache, dass die Zinsberechnungsformel auch in Swap-Geschäften Anwendung findet, führt nicht dazu, den Charakter des streitgegenständlichen Vertrags als **Darlehensvertrag** in Frage zu stellen oder gar in ein – unentgeltliches – Darlehen einerseits und ein Swap- oder Optionsgeschäft andererseits aufzuteilen.¹⁴³

Maßgeblich ist in derartigen Fällen jedoch der **Zeitpunkt des Vertragschlusses**. Entwicklungen, die zu dieser Zeit **nicht vorhersehbar** waren, sind bei der Prüfung der objektiven Voraussetzungen des wucherähnlichen Kreditgeschäfts außer Acht zu lassen.¹⁴⁴ Aus dem spekulativen Element der Zinsvereinbarung folgt nach Ansicht des Senats nichts anderes. In Anlehnung an die von ihm entwickelten Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Terminoptionsgeschäften und Swap-Geschäften ist auch ein Darlehensvertrag mit spekulativer Zinsberechnungsformel erst dann sittenwidrig ist, wenn er darauf angelegt ist, den Vertragspartner der Bank **von vornherein chancenlos** zu stellen.¹⁴⁵ Gemessen daran war der streitgegenständliche Darlehensvertrag nach dem Dafürhalten des Senats nicht nach § 138 BGB nichtig, weil er die Darlehensnehmerin, eine **nordrhein-westfälische Gemeinde**, nicht chancenlos stellte.¹⁴⁶

¹⁴² BGH, a.a.O., Rn. 25.

¹⁴³ BGH, a.a.O., Rn. 26.

¹⁴⁴ BGH, a.a.O., Rn. 28.

¹⁴⁵ BGH, a.a.O., Rn. 29.

¹⁴⁶ BGH, a.a.O., Rn. 28 f.

Nach Verneinung einer Sittenwidrigkeit befasst sich der Senat mit den **Aufklärungspflichten** aus dem hier zumindest stillschweigend geschlossenen **Finanzierungsberatungsvertrag**. Nach seiner Rechtsprechung trifft die Bank bei einem Finanzierungsberatungsvertrag gegenüber dem Darlehensnehmer die Verpflichtung zur Aufklärung über die **spezifischen Nachteile und Risiken** und die **vertragsspezifischen Besonderheiten** der empfohlenen Finanzierungsform. Die Grundsätze zu den Aufklärungspflichten einer anlageberatend tätigen Bank, wie etwa über von ihr vereinbarte Rückvergütungen oder die Risiken eines Swap-Geschäfts, sind auf Finanzierungsberatungen durch eine Bank nach Ansicht des Senats nicht übertragbar. Vielmehr ist nach seinem Dafürhalten unabhängig davon zu prüfen, ob die empfohlene Finanzierung als ein für den Darlehensnehmer **geeignetes Finanzierungsinstrument** anzusehen war und ob die Bank den Darlehensnehmer über die spezifischen Nachteile und Risiken und die vertragsspezifischen Besonderheiten der empfohlenen Finanzierungsform hinreichend aufgeklärt hat. Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen dabei von den Umständen des Einzelfalls ab.¹⁴⁷

Ausgehend von diesen Grundsätzen legt der Senat mit ins Detail gehender Erörterung der Besonderheiten der Zinsformel und des verwendeten Präsentationsmaterials dar, dass die Bank ihre Aufklärungspflichten nicht vollständig erfüllt hat.¹⁴⁸ Zusammenfassend stellt er darauf ab, dass die Bank in den **Präsentationsunterlagen** die **Risiken der wechselkursbasierten Zinszahlungsverpflichtung** nicht hinreichend deutlich gemacht hat, indem sie weder auf das **Fehlen einer Zinsobergrenze** ausdrücklich hingewiesen noch im Hinblick auf die **lange Laufzeit** des Darlehens die zinsrelevanten Folgen einer nicht nur unerheblichen Aufwertung des Schweizer Franken gegenüber dem Euro ausreichend deutlich beschrieben hat. Stattdessen wäre sie verpflichtet gewesen, der Klägerin die Konsequenzen des Fehlens einer Zinsobergrenze anhand des **Szenarios** einer nicht nur unerheblichen Aufwertung des Schweizer Fran-

¹⁴⁷ BGH, a.a.O., Rn. 34.

¹⁴⁸ BGH, a.a.O., Rn. 35 f.

ken gegenüber dem Euro hinreichend klar zu erläutern und dabei auch gegebenenfalls weitere mit der Zinsformel verbundene Effekte zu verdeutlichen.¹⁴⁹ Insbesondere hat der Senat beanstandet, dass die **Wechselkurs-/Zinssatztabelle** bei einem Wechselkurs von 1,39 und dem daraus resultierenden, durchaus akzeptablen Zinssatz von 5,43% p.a. abbrach. Nach Ansicht des Senats hätte das Zinsszenario im Hinblick auf die Verpflichtung zur Zahlung eines wechselkursbasierten Zinssatzes bis zum 29. Juni 2027, also **20 Jahre nach Vertragsschluss**, noch ausgeweitet werden müssen, weil für eine so langen Zeitraum **keine tragfähige Prognose möglich** war.¹⁵⁰

Weiter hat der Senat bekräftigt, dass eine Aufklärungspflichtverletzung aus einem Finanzierungsberatungsvertrag lediglich zu einem Anspruch auf Ersatz der durch die gewählte Finanzierung entstandenen **Mehrkosten** führt. Denn eine etwaige schuldhaftige Aufklärungspflichtverletzung der Bank kann nach allgemeinen Grundsätzen nur zum Ersatz des Schadens führen, dessen Eintritt die Einhaltung der Pflicht verhindern sollte. Diese Pflicht soll nach ihrem Schutzzweck den Darlehensnehmer aber lediglich vor den durch die empfohlene ungünstige Finanzierung entstandenen Mehrkosten bewahren, nicht aber vor der Finanzierung als solcher.¹⁵¹ Der ersatzfähige Schaden der Klägerin besteht daher in der Differenz zwischen den von ihr tatsächlich aufgewendeten und denjenigen Kreditkosten, die ihr bei Abschluss desjenigen Darlehensvertrags entstanden wären, der zwischen den Parteien im Falle einer **ordnungsgemäßen Finanzierungsberatung** zustande gekommen wäre.¹⁵²

Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die Bank sei ihren Aufklärungspflichten hinreichend nachgekommen. Der Senat hat die Sache zurückverwiesen, damit die erforderlichen ergänzenden Feststellungen zu

¹⁴⁹ BGH, a.a.O., Rn. 37.

¹⁵⁰ BGH, a.a.O., Rn. 39 f.

¹⁵¹ BGH, a.a.O., Rn. 53.

¹⁵² BGH, a.a.O., Rn. 54.

einer Haftung der Beklagten aus Beratungsverschulden und gegebenenfalls zur Schadenshöhe getroffen werden können.

Seite 43 von 69

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

a)

Nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 25. Juli 2017¹⁵³ ist die im Preisverzeichnis einer Sparkasse in Bezug auf **Verträge über Zahlungsdienste** verwendete Bestimmung

„Jede smsTAN kostet 0,10 € (unabhängig vom Konto-modell)“

im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB **unwirksam**.

In prozessualer Hinsicht hat der Senat entschieden, dass der **Klageantrag** bei Klagen nach § 1 UKlaG gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG die beanstandeten Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen **im Wortlaut** enthalten muss, anderenfalls ist die Klage unzulässig. Ist streitig, ob die beanstandete Klausel in dieser Fassung vom Beklagten tatsächlich verwendet wird, reicht es für die **Zulässigkeit** der Klage aus, wenn unter Angabe des zugrundeliegenden Lebenssachverhalts die Verwendung der bestimmten Klausel **behauptet** und deren konkreter Wortlaut im Klageantrag wörtlich wiedergegeben wird. Ob die beanstandete Klausel in dieser Fassung tatsächlich Verwendung findet, ist demgegenüber eine Frage der **Begründetheit** der Klage.

Die genannte Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle, weil sie eine **von Rechtsvorschriften abweichende Regelung** i.S.d. gemäß § 307 Abs. 3

¹⁵³ [XI ZR 260/15](#) – juris.

Satz 1 BGB enthält. Denn sie ist nach Ansicht des Senats so auszulegen, dass sie ein Entgelt i.H.v. 0,10 € für jede TAN vorsieht, die per SMS an den Kunden versendet wird, ohne dass es darauf ankommt, ob diese TAN im Zusammenhang mit der Erteilung eines Zahlungsauftrages **eingesetzt** wird. Nach ihrem Wortlaut erfasst sie nämlich auch solche TAN, die zwar per SMS an den Kunden übersendet werden, von diesem aber nicht für die Erteilung eines Zahlungsauftrags eingesetzt werden, etwa weil beim Abgleich der auftragsbezogenen Daten zwischen der vom Kunden ausgefüllten Auftragsvorlage und den auf das Mobilfunkgerät des Kunden zusammen mit der „smsTAN“ übermittelten auftragsbezogenen Daten eine Divergenz auftritt und damit der begründete Verdacht eines so genannten „Phishings“ besteht. Nach dem zweifelsfreien Klauselwortlaut wird das Entgelt ferner auch dann erhoben, wenn eine TAN wegen der **Überschreitung der zeitlichen Geltungsdauer** nicht mehr eingesetzt werden kann oder wenn sie zwar zur Erteilung eines Zahlungsauftrags eingesetzt werden soll, dieser aber der Beklagten aufgrund einer **technischen Fehlfunktion** nicht zugeht und deshalb in der Folge auch nicht zur Ausführung gelangt.¹⁵⁴

Mit dieser Reichweite verstößt die Klausel gegen die Vorgaben von § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB. Denn im Rahmen der Ausgabe des Zahlungsauthentifizierungsinstruments „Online-Banking“ mittels PIN und TAN als Zahlungsdienst (§ 675c Abs. 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 4 ZAG) kann die Ausgabe einer TAN nur dann als Bestandteil der Hauptleistung mit einem Entgelt nach § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB bepreist werden, wenn sie auch **tatsächlich der Erteilung eines Zahlungsvorgangs dient** und insoweit als **Teil des Zahlungsauthentifizierungsinstruments** (§ 1 Abs. 5 ZAG) fungiert. Geschieht dies nicht, ist die Ausgabe einer TAN nicht Teil der vertraglichen Hauptleistung und kann daher nicht Gegenstand einer Entgeltvereinbarung nach § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB sein, weil kein Zahlungsdienst erbracht wird. Indem die beanstandete Klausel aber auch in diesen Fällen

¹⁵⁴ BGH, Urteil vom 25. Juli 2017 – [XI ZR 260/15](#) – juris, Rn. 21 f., Rn. 24.

ein Entgelt i.H.v. 0,10 € für eine per SMS übermittelte TAN vorsieht, weicht sie von § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB ab¹⁵⁵.

Aus diesem **Verstoß gegen (halb-) zwingendes Recht** folgt zugleich, dass die Klausel den die Kunden mit der Folge ihrer Unwirksamkeit unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB benachteiligen.¹⁵⁶ Das Berufungsurteil war danach aufzuheben. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die Klausel unterliege als **Hauptpreisabrede** nicht der Inhaltskontrolle und hatte deshalb keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob die Beklagte die beanstandete Klausel mit dem behaupteten Wortlaut tatsächlich verwendet hat.¹⁵⁷

b)

Die Vorschrift des **§ 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB** ist als **Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit** i.S.v. § 308 BGB **ungeachtet der Verbraucherrechte-Richtlinie** anwendbar.

Ein **Zahlungssystem**, das einem erheblichen Teil der Kunden ein **vertragswidriges Verhalten abverlangt**, ist als **einzig unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit** i.S.v. § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB **nicht zumutbar**. Der Kunde hat im Regelfall weder Veranlassung noch ist er verpflichtet, selbst zu überprüfen, ob die von seiner Bank als Sicherheitsbestimmungen für das **Online-Banking** gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen **Kartellrechtswidrigkeit** nichtig sind. Das hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 18. Juli 2017¹⁵⁸ entschieden.

Nach § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die ein Verbraucher verpflichtet wird, ein **Entgelt** dafür zu zahlen, dass er zur Bezahlung ein bestimmtes Zahlungsmittel nutzt, wenn für ihn keine **gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit** besteht.

¹⁵⁵ BGH, a.a.O., Rn. 26 f., Rn. 30.

¹⁵⁶ BGH, a.a.O., Rn. 26 f., Rn. 37.

¹⁵⁷ BGH, a.a.O., Rn. 26 f.

¹⁵⁸ [KZR 39/16](#) – juris.

Der Senat hat offen gelassen, ob die mit Art. 4 Verbraucherrechte-Richtlinie¹⁵⁹ bezweckte **Vollharmonisierung** einer unterschiedslosen Anwendung des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB auf alle Verbraucherverträge entgegensteht. Jedenfalls ist die Norm anzuwenden, soweit entsprechende Klauseln – wie im Streitfall – in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** vereinbart werden. Als Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit i.S.v. § 308 BGB ist § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB ungeachtet der Verbraucherrechte-Richtlinie anwendbar, denn nach Erwägungsgrund 14 der Verbraucherrechte-Richtlinie bleibt das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom **Regelungsbereich der Richtlinie** unberührt.¹⁶⁰

Die **Option „Sofortüberweisung“** ist Kunden eines Online Händlers gegenwärtig als einzige unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit **nicht zumutbar**, weil sie diese nur unter **Verstoß** gegen die mit ihrer kontoführenden Bank vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nutzen können. Die Kunden sind gemäß Nr. 7.2 Abs. 1 der von einem Großteil der Banken üblicherweise verwendeten **Online-Banking-Bedingungen** (OBB) verpflichtet, ihre **personalisierten Sicherheitsmerkmale** geheim zu halten und nur über die von der Bank gesondert mitgeteilten Online- und Telefonbanking-Zugangskanäle an diese zu übermitteln. So darf das personalisierte Sicherheitsmerkmal (PIN) nicht außerhalb der gesondert vereinbarten Internetseiten eingegeben werden (z.B. nicht auf Online-Händlerseiten). Bei Verwendung der „Sofortüberweisung“ muss der Kunde jedoch seine **PIN und TAN** in die **Eingabemaske** eingeben und damit einen Zugangsweg nutzen, der nicht zu den bankseitig zur Verfügung gestellten Zugangswegen gehört. Daran knüpft sogar eine **Haftungsregelung** an.¹⁶¹

Für diese Beurteilung kommt es nach Ansicht des Kartellsenats – und entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nicht darauf an, ob die eine Nutzung des Dienstes „Sofortüberweisung“ ausschließenden Allgemeinen

¹⁵⁹ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher.

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 18. Juli 2017 – [KZR 39/16](#) – juris, Rn. 19.

¹⁶¹ BGH, a.a.O., Rn. 23 f.

Geschäftsbedingungen der Banken auf einer **gegen Kartellrecht verstößenden Absprache** der deutschen Kreditwirtschaft beruhen, wie es das **Bundeskartellamt** annimmt. Solange die kontoführenden Banken die fraglichen Klauseln nicht aus ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen entfernt haben, müsste ein **rechtstreuer Kunde**, der den Zahlungsauslösedienst nutzen will, selbst ihre Kartellrechtswidrigkeit prüfen und im Streitfall durchsetzen. Dazu hat er nach Ansicht des Kartellsenats im Regelfall weder Veranlassung noch ist er hierzu verpflichtet, weil dies seinerseits einen **unzumutbaren Mehraufwand** mit sich bringt.¹⁶²

Dies führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, das die beklagte Anbieterin von Flugreisen auf Klage des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. verurteilt hatte, es zu unterlassen, bei der **Buchung von Flugbeförderungen im Internet** Verbrauchern als kostenlose Bezahlungsmethode ausschließlich die Zahlungsweise „Sofortüberweisung“ anzubieten, bei der der Kunde seine PIN und TAN übermitteln muss. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die „Sofortüberweisung“ sei als gängiges Zahlungsmittel zumutbar, zumal die entgegenstehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken gegen Kartellrecht verstießen. Der Senat hat klargestellt, dass Händler die „Sofortüberweisung“ weiterhin anbieten können, sofern ihre Kunden mindestens eine **andere Zahlungsmöglichkeit unentgeltlich** nutzen können, die gängig und zumutbar ist. Ob die Kunden dann von der „Sofortüberweisung“ Gebrauch machen, bleibt ihnen überlassen.¹⁶³

4.

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

Dazu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

¹⁶² BGH, a.a.O., Rn. 29 f.

¹⁶³ BGH, a.a.O., Rn. 32, Rn. 37.

5.

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

a)

Ob **grob fahrlässige Unkenntnis** i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegt, wenn ein Kapitalanleger eine Risikohinweise enthaltende **Beratungsdokumentation „blind“ unterzeichnet**, muss der Tatrichter aufgrund einer umfassenden tatrichterlichen Würdigung der **konkreten Umstände des Einzelfalls** feststellen. Das hat der III. Zivilsenat am 20. Juli 2017¹⁶⁴ in Fortführung seines Urteils vom 23. März 2017¹⁶⁵ entschieden. Weiter nimmt der Senat zu der in Anlageberatungsfällen nicht seltenen **Beweissituation** des „**Vier-Augen-Gesprächs**“ zwischen Anlageberater und Kunden Stellung.

Die Annahme grob fahrlässiger Unkenntnis i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB kann nach der Rechtsprechung des Senats nicht allein darauf gestützt werden, dass der Anlageinteressent einen ihm überlassenen **Emissionsprospekt** oder den Text eines ihm nach Abschluss der Anlageberatung zur Unterschrift vorgelegten Zeichnungsscheins **nicht gelesen** hat. Dergleichen lässt sich nach dem Dafürhalten des Senats weder allgemeingültig sagen, dass das ungelesene Unterzeichnen einer **Beratungsdokumentation** stets den Vorwurf grob fahrlässiger Unkenntnis von hieraus ersichtlichen Pflichtverletzungen begründet, noch ist es zutreffend, allgemein grobe Fahrlässigkeit abzulehnen, wenn ein Anleger eine Beratungsdokumentation ungelesen unterschreibt. Vielmehr fordert der Senat eine **umfassende Würdigung** der konkreten Umstände des Einzelfalls, wie beispielsweise der inhaltlichen Erfassbarkeit und grafischen Auffälligkeit der Hinweise, des Ablaufs und Inhalts des Beratungsgesprächs und des Zeitpunkts der Unterzeichnung der Beratungsdokumentation, der im Zusammenhang damit getätigten Aussagen, des Bildungs- und Erfahrungsstands des Anlegers oder des Bestehens eines besonderen Vertrauens-

¹⁶⁴ [III ZR 296/15](#) – juris.

¹⁶⁵ [III ZR 93/16](#) – juris.

verhältnisses zum Berater. Der Kontext, in dem es zu der Unterzeichnung der Beratungsdokumentation gekommen ist, darf also nicht ausgeblendet werden.¹⁶⁶

Die vom Berufungsgericht nicht beanstandete Annahme grob fahrlässiger Unkenntnis einzelner Anlagerisiken durch das Landgericht erwies sich danach als rechtsfehlerhaft, weil das Landgericht die erforderliche umfassende Würdigung aller relevanten Umstände hat vermissen lassen.¹⁶⁷

Weiter hat der Senat **Verfahrensfehler** im Zusammenhang mit der vom Berufungsgericht abgelehnten **Parteivernehmung** beanstandet. Im Streitfall hatte der Anlageberater das Beratungsgespräch, über dessen Inhalt zwischen den Parteien Streit besteht, mit **Eheleuten** geführt, die **beide** als Ergebnis der Beratung Beitrittserklärungen zu einer Fondsgesellschaft unterzeichnet hatten. Der **Ehemann** hat sich die Schadensersatzansprüche seiner Ehefrau abtreten lassen und ist im Rechtsstreit als **alleiniger Kläger** aufgetreten. Die Beklagten haben **gegen die Ehefrau Drittwiderklage** erhoben. Damit kam sie nicht mehr als **Zeugin** in Betracht.

Für diese Konstellation hat es der Senat abgelehnt, die Rechtsprechungsgrundsätze zum „**Vier-Augen-Gespräch**“, nach denen eine Parteivernehmung ohne zuvor gelungenen „**Anbeweis**“ geboten ist¹⁶⁸, entsprechend anzuwenden. Wegen der Anwesenheit der Ehefrau war das zwischen den Parteien geführte Beratungsgespräch nach Ansicht des Senats kein „**Vier-Augen-Gespräch**“, das eine Parteivernehmung ohne „**Anbeweis**“ zur **Wahrung der Waffengleichheit** erfordert.¹⁶⁹

Im Ergebnis hat der Senat gleichwohl beanstandet, dass das Berufungsgericht **verfahrensfehlerhaft** von einer **Parteivernehmung** des Klägers

¹⁶⁶ BGH, Urteil vom 20. Juli 2017 – [III ZR 296/15](#) – juris, Rn. 25.

¹⁶⁷ BGH, a.a.O., Rn. 23 f.

¹⁶⁸ vgl. etwa BGH, Urteil vom 08. Juli 2010 – [III ZR 249/09](#) – juris, Rn. 16.

¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 20. Juli 2017 – [III ZR 296/15](#) – juris, Rn. 21.

und der Drittwiderbeklagten abgesehen hat.¹⁷⁰ Die Einschätzung des Berufungsgerichts, dass der für eine Parteivernehmung von Amts wegen erforderliche „Anbeweis“, also das Bestehen einer **gewissen Wahrscheinlichkeit** für die Richtigkeit des klägerischen Vorbringens¹⁷¹ nicht erbracht sei, erfolgte nach der Beurteilung des Senats **ermessenfehlerhaft**. Das Berufungsgericht hat dabei den Prozessstoff nicht ausgeschöpft und insbesondere die nach Ansicht des Senats aufgrund der näher aufgezeigten Einzelfallumstände **plausiblen Angaben** des Klägers bei seiner erstinstanzlichen **informativischen Anhörung nach § 141 ZPO** unberücksichtigt gelassen.¹⁷²

Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache. Das Berufungsgericht hatte die Schadensersatzklage wegen behaupteter fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Abschluss zweier Beteiligungen, deren Anlagekonzept auf die Realisierung **kurzfristiger Kursgewinne** aus dem Handel mit Wertpapieren und Finanzinstrumenten aller Art abzielte und gegen die die betroffenen Eheleute auf Empfehlung ihres als Anlageberater tätigen Schwiegersohns ihre bisherigen **konservativen Kapitalanlagen** in Sparbüchern, Lebens- und Rentenversicherungen sowie Bausparverträgen aufgelöst hatten, noch abgewiesen und den Kläger als beweisfällig behandelt.

b)

Befindet sich der **Befreiungsgläubiger** in einer Lage, die seine **Inanspruchnahme durch den Drittgläubiger mit Sicherheit erwarten lässt** und steht fest, dass für die Erfüllung der Drittforderung auf die **Mittel des Befreiungsschuldners zurückgegriffen** werden muss, so wandelt sich der Befreiungsanspruch in einen **Zahlungsanspruch** um; der Befreiungsgläubiger kann dann Zahlung an sich selbst verlangen. In diesem Falle ist der Schluss des Jahres, in welchem sich der Befreiungsanspruch in den Zahlungsanspruch umwandelt, für den **Verjährungsbeginn** maßgebend.

¹⁷⁰ BGH, a.a.O., Rn. 14 f.

¹⁷¹ BGH, a.a.O., Rn. 14.

¹⁷² BGH, a.a.O., Rn. 16 f., Rn. 18.

Mit diesen Aussagen hat der III. Zivilsenat am 19. Oktober 2017¹⁷³ die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs u.a. vom 13. November 2014¹⁷⁴, 22. März 2011¹⁷⁵ und 26. Juni 2012¹⁷⁶ fortgeführt.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beginnt die Verjährungsfrist für den **Befreiungsanspruch eines Treuhänders** nach § 257 Satz 1 BGB frühestens mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem die **Forderung fällig** wird, von der zu befreien ist. Dadurch soll verhindert werden, dass der Treuhandkommanditist (als Befreiungsgläubiger) zur Vermeidung der Verjährung bereits zu einem Zeitpunkt zur Geltendmachung seines Freistellungsanspruchs gegenüber dem Treugeber (als Befreiungsschuldner) gezwungen ist, in dem weder die Fälligkeit der Drittforderung absehbar ist noch feststeht, ob für deren Erfüllung überhaupt auf Mittel des Treugebers zurückgegriffen werden muss; eine solche **Geltendmachung ohne jede wirtschaftliche Notwendigkeit**, die sich ergäbe, wenn für den Lauf der Verjährungsfrist allein auf die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs abgestellt würde, wäre **verfrüht** und weder sach- noch interessengerecht.¹⁷⁷

Anders liegt es nach der nunmehr getroffenen Entscheidung des III. Zivilsenats aber dann, wenn sich der **Befreiungsanspruch vor Fälligkeit der Drittforderung**, von der zu befreien ist, in einen **Zahlungsanspruch umwandelt**, weil die Inanspruchnahme des Befreiungsgläubigers durch den Drittgläubiger mit Sicherheit zu erwarten ist und feststeht, dass für die Erfüllung der Drittforderung auf die Mittel des Befreiungsschuldners zurückgegriffen werden muss¹⁷⁸. In diesem Falle ist der **Schluss des Jahres**, in welchem der **Zahlungsanspruch durch Umwandlung des Befreiungsanspruchs entsteht**, für den Verjährungsbeginn maßgebend (§ 199

¹⁷³ [III ZR 495/16](#) – juris.

¹⁷⁴ [IX ZR 277/13](#) – juris, Rn. 15.

¹⁷⁵ [II ZR 271/08](#) – juris, Rn. 23.

¹⁷⁶ [II ZR 223/11](#) – juris, Rn. 5.

¹⁷⁷ BGH, Urteil vom 19. Oktober 2017 – [III ZR 495/16](#) – juris, Rn. 21.

¹⁷⁸ BGH, Urteil vom 13. November 2014 – [IX ZR 277/13](#) – juris, Rn. 15.

Abs. 1 BGB).¹⁷⁹ Bei dieser Fallgestaltung bedürfen sowohl der Befreiungsgläubiger als auch der Befreiungsschuldner nach Ansicht des Senats keines Schutzes vor einem unzuträglichen Zwang zu einer „verfrühten“ Anspruchsgeltendmachung. Vielmehr hat der Befreiungsschuldner nunmehr ein **berechtigtes Interesse** daran, dass der Zahlungsanspruch in angemessener Zeit in verjährungshemmender Weise geltend gemacht wird. Dem Befreiungsgläubiger ist es, bei Vorliegen auch der subjektiven Voraussetzungen nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, nach dem Dafürhalten des Senats seinerseits **zumutbar**, innerhalb der mit dem Schluss des Jahres der Umwandlung des Befreiungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch beginnenden dreijährigen Verjährungsfrist **verjährungshemmende Maßnahmen** zu ergreifen.¹⁸⁰

Nach diesen Maßstäben war die Klageforderung verjährt. Mit ihr wurde der Befreiungsanspruch der Treuhandkommanditistin gegenüber einem Kapitalanleger (Treugeber-Kommanditisten) geltend gemacht, nachdem die Treuhandkommanditistin auf **Rückzahlung gewinnunabhängiger Ausschüttungen** in Anspruch genommen worden war. Nach Ansicht des Senats hat sich der Befreiungsanspruch der Treuhandkommanditistin spätestens im Dezember 2010 in einen Zahlungsanspruch umgewandelt, weil der Drittgläubiger zu dieser Zeit mitgeteilt hatte, dass die **Fondsgesellschaft** wirtschaftlich in eine **Notlage** geraten war und nunmehr liquidiert werden musste, dass das Darlehen aus der vorhandenen Masse nicht vollständig getilgt werden konnte, also „notleidend“ geworden war, und dass deshalb – vermittelt über die Treuhandkommanditistin – die Treugeber-Kommanditisten in voller Höhe der an sie jeweils gezahlten gewinnunabhängigen Ausschüttungen herangezogen werden mussten.¹⁸¹ Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Abweisung der Klageforderung wegen Verjährung.

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 19. Oktober 2017 – [III ZR 495/16](#) – juris, Rn. 22.

¹⁸⁰ BGH, Urteil vom 13. November 2014 – [IX ZR 277/13](#) – juris, Rn. 24.

¹⁸¹ BGH, Urteil vom 13. November 2014 – [IX ZR 277/13](#) – juris, Rn. 26.

c)

Nach einer Entscheidung des III. Zivilsenats vom 19. Oktober 2017¹⁸² haben Anlagevermittler und Anlageberater den Erwerber einer von ihnen vermittelten Kapitalanlage unaufgefordert über **Vertriebsprovisionen** aufzuklären, wenn diese eine **Größenordnung von 15 %** des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreiten. In die Berechnung der Vertriebsprovisionen ist ein auf das Beteiligungskapital zu zahlendes **Agio** einzubeziehen. Ferner äußert sich der Senat zur **Darlegungs- und Beweislast**, wenn der Anleger behauptet, ein **Emissionsprospekt** sei ihm nicht übergeben worden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats hat ein Anlagevermittler oder -berater den Erwerber einer von ihm empfohlenen Anlage unaufgefordert über Vertriebsprovisionen aufzuklären, wenn diese eine Größenordnung von 15 % des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreiten. Bezugsgröße für die Höhe aufklärungspflichtiger Provisionen ist nach der Rechtsprechung des Senats das von den Anlegern einzubringende **Eigenkapital**. Hierzu sind die zu zahlenden Provisionen ins Verhältnis zu setzen.

Zu den Provisionen gehört, wie der Senat nun eingehend begründet, auch ein auf das Beteiligungskapital zu zahlendes **Agio**.¹⁸³ Seiner Ansicht nach ist neben den aus dem Eigenkapital zu zahlenden Vertriebsprovisionen auch der Ausgabeaufschlag für die **Werthaltigkeit der Investition** von Bedeutung. Denn aus der wert- und renditeorientierten Sicht des Anlegers stellt der insgesamt von ihm zu zahlende Betrag einschließlich Agio die „**Kapitalanlage**“ dar.¹⁸⁴ Daran ändert es nach der Beurteilung des Senats nichts, dass dieser **offen ausgewiesene** Ausgabeaufschlag erkennbar nicht der Investition in das Anlageobjekt dient und insoweit **keine Fehlvorstellung** hinsichtlich der Werthaltigkeit des Anlagebetrags entstehen kann. Denn eine **umfassende Beurteilung** der Werthaltigkeit der Kapital-

¹⁸² [III ZR 565/16](#) – juris.

¹⁸³ BGH, Urteil vom 19. Oktober 2017 – [III ZR 565/16](#) – juris, Rn. 14.

¹⁸⁴ BGH, a.a.O., Rn. 15.

anlage ist dem Anleger nur möglich, wenn er sowohl das offen ausgewiesene Agio als auch die weiteren, vom Eigenkapital zu entrichtenden Vertriebsprovisionen kennt. Erst das Verhältnis der **gesamten Kosten der Eigenkapitalvermittlung** zum einzubringenden Eigenkapital ermöglicht nach Ansicht des Senats den Rückschluss auf eine etwaige geringere Werthaltigkeit der Anlage.¹⁸⁵

Im Einzelnen ist die Berechnung auf die Weise vorzunehmen, dass die **Vertriebskosten einschließlich Agio** zum einzubringenden **Eigenkapital** ins Verhältnis zu setzen sind. Nicht dagegen ist die Summe der Vermittlungskosten (einschließlich Agio) rechnerisch ins Verhältnis zu dem Gesamtaufwand des Anlegers (einschließlich Agio) zu setzen.¹⁸⁶

Weiter bestätigt der Senat die **Darlegungs- und Beweislast** des Anlegers für die nicht rechtzeitige **Übergabe des Emissionsprospekts**. Die mit dem Nachweis der **negativen Tatsache** der fehlenden Prospektübergabe verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behauptete fehlende Übergabe substantiiert bestreiten muss. Im Regelfall geschieht dies durch die **Darlegung, wann und unter welchen Umständen der Prospekt übergeben** wurde.¹⁸⁷ Jedoch gilt dies nur unter der Einschränkung, dass der anderen Partei die Darlegung **zumutbar** ist. Begegnet auch sie mit zumutbarem Aufwand nicht überwindbaren Schwierigkeiten und kann der entscheidungserhebliche Sachverhalt von keiner Partei aufgeklärt werden, geht dies zu Lasten der Partei, die die Darlegungslast trägt.¹⁸⁸

Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte die vom Kläger behauptete **fehlende Übergabe** des Emissionsprospekts nach Ansicht des Senats im Streitfall dadurch hinreichend bestritten, dass sie die „**rechtzeitige**“ Übergabe des Prospekts durch den damals für sie tätigen **Handelsvertreter**

¹⁸⁵ BGH, a.a.O., Rn. 18.

¹⁸⁶ BGH, a.a.O., Rn. 17.

¹⁸⁷ BGH, a.a.O., Rn. 22.

¹⁸⁸ BGH, a.a.O., Rn. 23.

positiv behauptet hat. Eine nähere Darlegung, wann und unter welchen Umständen die Übergabe des Prospekts erfolgt sein soll, war von ihr nach den besonderen Umständen des Streitfalles nicht zu verlangen. Denn zum einen hatte der Kläger mit dem von ihm gesondert unterschriebenen **Empfangsbekanntnis** in der Beitrittserklärung bestätigt, ein Exemplar des Verkaufsprospekts vor Unterzeichnung der Beitrittserklärung erhalten zu haben.¹⁸⁹ Zum anderen konnte die Beklagte das Datum der Prospektübergabe nicht mit ihr zumutbaren Mitteln in Erfahrung, weil der selbständige Handelsvertreter nicht mehr für sie tätig ist und **auf Erkundigungsschreiben nicht geantwortet** hatte. Dies zusammengenommen reduziert nach Ansicht des Senats das von der Beklagten zu fordernde Maß an Substantiierung mit der Folge, dass der als Zeuge benannte ehemalige Handelsvertreter auf den Beweisantritt des Klägers zu der Prospektübergabe und gegebenenfalls zu ihrem Zeitpunkt zu befragen ist.¹⁹⁰ Als unzulässige Behauptung „ins Blaue“ kann der Vortrag der Beklagten nach der Beurteilung des Senats – anders als zuvor das Berufungsgericht gemeint hat – nicht behandelt werden, weil mit dem Empfangsbekanntnis des Anlegers greifbare Anhaltspunkte für eine Prospektübergabe vor der Zeichnung bestehen.¹⁹¹ Dies führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache.

d)

Nach einer Entscheidung des III. Zivilsenats vom 12. Oktober 2017¹⁹² ist es regelmäßig nicht erforderlich, dass im **Prospekt eines Private-Equity-Dachfonds** auch die genaue Höhe der bei den jeweiligen **Zielfonds anfallenden Kosten** (hier: Managementfees) angegeben ist. Dies gilt auch, wenn bei dem als **Teil-Blind-Pool** ausgestalteten Dachfonds bereits **einzelne Zielfonds ausgewählt** sind, in die investiert werden soll.

¹⁸⁹ BGH, Urteil vom 19. Oktober 2017 – [III ZR 565/16](#) – juris, Rn. 29 f.

¹⁹⁰ BGH, a.a.O., Rn. 31 f., Rn. 37.

¹⁹¹ BGH, a.a.O., Rn. 35.

¹⁹² [III ZR 254/15](#) – juris.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁹³ ist ein Prospekt fehlerhaft, wenn ihm der Anleger den für seine Anlageentscheidung wesentlichen Umstand, in welchem Umfang seine Beteiligung nicht in das Anlageobjekt fließt, sondern für andere Aufwendungen als **Anschaffungs- und Herstellungskosten** verwendet wird, nicht ohne weiteres entnehmen kann. Hieraus kann nach dem Dafürhalten des Senats aber nicht abgeleitet werden, dass im Prospekt eines Private-Equity-Dachfonds – über die im Streitfall erfolgten Angaben zu den **dachfondsabhängigen Kosten** und zu der „Investition in Zielfonds inkl. Nebenkosten“ hinaus – auch die **genauen Kosten der jeweiligen Zielfonds** anzugeben seien. Dies wäre bei einem **Blind-Pool** ohnehin nicht möglich, ist aber nach Ansicht des Senats auch bei einem Dachfonds, bei dem – wie im Streitfall – bereits **einzelne Zielfonds ausgewählt** worden sind, in die investiert werden soll, regelmäßig nicht erforderlich. Denn das „Anlageobjekt“, auf das sich mögliche Aufklärungspflichten beziehen, ist grundsätzlich nach dem jeweiligen **Gegenstand des Vertriebs** zu bestimmen. Dies sind aber nicht die einzelnen von den Zielgesellschaften erworbenen Unternehmensbeteiligungen, sondern der **Private-Equity-Dachfonds als solcher**, dem der Anleger die Entscheidung überträgt, in welche Zielfonds sein Geld fließt. Nicht der Anleger muss entscheiden können, ob sich die mit der **Management-fee** vergütete professionelle Zielfondsverwaltung lohnt und die Investition in einen Zielfonds rentabel ist. Dies ist während der gesamten Laufzeit des Dachfonds alleinige Aufgabe dessen Managements. Ausschließlich diesem obliegt die Auswahl, der Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung der Zielfonds. Dass einzelne Zielgesellschaften, in die anfangs ein Teil des Geldes investiert werden soll, bereits von der Fondsgeschäftsführung ausgewählt worden sind, führt nicht dazu, dass im Anlageprospekt die Kosten der Zielfonds im Einzelnen dargelegt werden müssen, damit der potentielle Anleger diese Auswahl unter Berücksichtigung des angesprochenen Auswahlverfahrens nachvollziehen kann.¹⁹⁴

¹⁹³ vgl. etwa Versäumnisurteil vom 06. Februar 2006 – [II ZR 329/04](#) – juris, Rn. 9; Beschluss vom 21. April 2015 – [II ZR 169/14](#) – juris, Rn. 12; Urteile vom 03. November 2015 – [II ZR 270/14](#) – juris, Rn. 16 und 21. Juni 2016 – [II ZR 331/14](#) – juris, Rn. 16.

¹⁹⁴ BGH, Urteil vom 12. Oktober 2017 – [III ZR 254/15](#) – juris, Rn. 22.

Die laufende gewinnunabhängige Vergütung der Manager der Zielfondsgesellschaften (**Managementfee**) bleibt deshalb auch **unberücksichtigt** bei der Berechnung, ob die Vertriebsprovisionen eine **Größenordnung von 15 %** des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreiten und unter diesem Blickwinkel eine Aufklärungspflicht besteht.¹⁹⁵ Denn hierbei handelt es sich nicht um Eigenprovisionen für den Vertrieb des Dachfonds bzw. diesen gleichstehende Ausgaben.¹⁹⁶ Der Senat hat die Sache zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

e)

Mit Urteil vom 09. November 2017¹⁹⁷ hatte der III. Zivilsenat Gelegenheit, zur **Auskunfts- und Rechenschaftspflicht eines Mittelverwendungskontrolleurs** gegenüber den Anlegern eines geschlossenen Filmfonds Stellung zu nehmen.

Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche der Anleger, die nicht Vertragspartei des Mittelverwendungskontrollvertrags sind, können unter dem Gesichtspunkt des **Vertrags zugunsten Dritter** gegeben sein. Denn nach § 328 Abs. 1 BGB steht dem begünstigten Dritten (Anleger) ein aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Schuldner (Mittelverwendungskontrolleur) und dem Versprechensempfänger (Fondsgesellschaft) **abgespaltenes Forderungsrecht** zu. Er rückt zwar nicht in die Stellung eines Vertragschließenden ein, erwirbt aber das Recht, den vertraglichen Leistungsanspruch (hier: Kontrolle der Mittelverwendung) geltend zu machen. Dazu gehören auch die **Informationsansprüche aus § 666 BGB**.¹⁹⁸

¹⁹⁵ eingehend zur Berechnung der 15 %-Grenze BGH, Urteil vom 19. Oktober 2017 – [III ZR 565/16](#) – juris, Rn. 14 f.

¹⁹⁶ BGH, Urteil vom 12. Oktober 2017 – [III ZR 254/15](#) – juris, Rn. 21.

¹⁹⁷ [III ZR 610/16](#) – juris.

¹⁹⁸ BGH, Urteil vom 09. November 2017 – [III ZR 610/16](#) – juris, Rn. 22.

Die Auskunftspflicht nach § 666 BGB setzt nicht voraus, dass der Geschäftsherr die begehrte Information zur Vorbereitung weiterer Ansprüche benötigt. Einschränkungen leitet der Senat aber daraus ab, dass es sich bei dem Auskunftsanspruch lediglich um eine aus dem Auftragsverhältnis folgende **unselbständige Nebenpflicht** handelt, deren Inhalt und Grenzen sich stets auf das **konkrete Rechtsverhältnis** beziehen müssen und sich auf dieser Grundlage nach Treu und Glauben am Maßstab der **Erforderlichkeit und Zumutbarkeit** zu orientieren haben.¹⁹⁹

Ist dagegen ein Mittelverwendungskontrollvertrag lediglich als **Vertrag mit Schutzwirkung** zugunsten der Anleger ausgestaltet, steht diesen zwar kein primärer vertraglicher Leistungsanspruch zu, so dass auch keine Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche nach § 666 BGB gegeben sind. Bei Verletzung der Pflicht zur Mittelverwendungskontrolle kommt jedoch ein eigener **vertraglicher Schadensersatzanspruch** der Anleger in Betracht, zu dessen **Vorbereitung** Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geltend gemacht werden können. Dies setzt voraus, dass zwischen den Parteien eine Sonderverbindung besteht und die konkrete Rechtsbeziehung es mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderlichen Auskünfte unschwer geben kann. Soll die begehrte Auskunft einen vertraglichen Anspruch belegen, muss dieser nach Ansicht des Senats nicht bereits dem Grunde nach feststehen. Vielmehr genügt der **begründete Verdacht einer Vertragspflichtverletzung**. Die Auskunft ist auf den zeitlichen und sachlichen Umfang des Hauptanspruchs begrenzt.²⁰⁰

Nach diesen Maßstäben blieb die **Auskunftsklage des Anlegers** ohne Erfolg. Zwar hatte der Mittelverwendungskontrollvertrag im Streitfall nach

¹⁹⁹ BGH, a.a.O., Rn. 23.

²⁰⁰ BGH, a.a.O., Rn. 24.

der Auslegung des Senats **drittschützenden Charakter**.²⁰¹ Die konkret begehrten Auskünfte gingen jedoch über den **Pflichtenkreis des Mittelverwendungskontrolleurs** hinaus. So war die Mittelverwendungskontrolleurin vertragsgemäß insbesondere nicht Inhaberin des Mittelverwendungskontrollkontos. Ihre Tätigkeit beschränkte sich darauf sicherzustellen, dass die **Freigabe** der auf dem Konto ausgewiesenen Guthabenbeträge nur unter den im Mittelverwendungskontrollvertrag im Einzelnen aufgeführten Voraussetzungen erfolgte. Nur insoweit ist sie nach Ansicht des Senats auskunfts- und rechenschaftspflichtig. Eine darüber hinausgehende **Verwaltung der Einnahmen und Ausgaben** i.S.d. § 259 BGB war nicht geschuldet. Die ihr obliegende Kontrollpflicht erforderte es nach dem Dafürhalten des Senats insbesondere nicht, Ablichtungen von Buchungen anzufertigen, die **Einnahmen** betrafen.²⁰²

Hinreichende Anhaltspunkte für den begründeten Verdacht einer Vertragsverletzung im Zusammenhang mit der Mittelverwendungskontrolle, die über bloße **Mutmaßungen „ins Blaue hinein“** hinausgehen, hat der Senat weder im Vorbringen des Anlegers noch sonst gesehen, so dass er das Auskunftsbegehren insoweit als **unzulässige Ausforschung** zurückgewiesen hat.²⁰³

f)

In seinem Urteil vom 16. November 2017²⁰⁴ hatte sich der III. Zivilsenat mit der Inanspruchnahme eines **Mittelverwendungskontrolleurs** eines Filmfonds auf **Ersatz des Zeichnungsschadens** zu befassen, weil dieser nicht auf die Einrichtung eines seiner **unwiderruflichen alleinigen Verfügungsbefugnis** unterliegenden **Treuhandkontos** geachtet hatte. Im Mittelpunkt der Entscheidungen stehen die Fragen nach dem **Ursachenzusammenhang** zwischen einer Aufklärungspflichtverletzung und der An-

²⁰¹ BGH, a.a.O., Rn. 20.

²⁰² BGH, a.a.O., Rn. 31.

²⁰³ BGH, a.a.O., Rn. 28.

²⁰⁴ [III ZR 382/15](#) – juris; vgl. auch die Entscheidungen in den Parallelsachen [III ZR 384/15](#); [385/15](#); [388/15](#); [389/15](#); [393/15](#); [394/15](#); [402/15](#); [405/15](#); [410/15](#); [411/15](#); [405/16](#); [406/16](#); [409/16](#); [410/16](#); [411/16](#); [413/16](#).

lageentscheidung und **Schutzzweck** der den Mittelverwendungskontrolleur treffenden Pflichten in Bezug auf ein solches Treuhandkonto.

Nach dem Mittelverwendungskontrollvertrag war der Mittelverwendungskontrolleur verpflichtet, ein „**Treuhandkonto des Treuhänders**“ einzurichten, über das nur er unwiderruflich Verfügungsbefugnis haben durfte, wobei die Treuhandfunktion gegenüber der Bank offenzulegen war. Diese Pflichten hat er im Streitfall verletzt, indem er seine Kontrollaufgaben über ein von ihm errichtetes Konto abgewickelt hat, dessen **Inhaber** nicht er, sondern die **Fondsgesellschaft** gewesen ist. Dass er die Kontounterlagen als einziger Verfügungsberechtigter gezeichnet, die Unterschrift des Fondsgeschäftsführers bei der Kreissparkasse im Zuge der Kontoeröffnung nicht hinterlegt worden ist und auf der **Unterschriftskarte** nach der Eintragung der Vertretungsbefugnis des Mittelverwendungskontrolleurs die weiteren Zeilen durchgestrichen sind, ändert nach Auffassung des Senats hieran nichts. Denn Kontoinhaber war die Fondsgesellschaft mit der Folge, dass diese die **Rechtsmacht** gehabt hätte, die Vollmacht des Mittelverwendungskontrolleurs schriftlich zu widerrufen oder für Dritte eine zusätzliche Berechtigung einzurichten. Außerdem führt der Senat an, dass beliebige **Gläubiger der Fondsgesellschaft** auf das Konto hätten Zugriff nehmen können, da es als Konto der Gesellschaft geführt wurde.²⁰⁵

Dass die **Verwirklichung** der mit der pflichtwidrigen Ausgestaltung des Kontos verbundenen Risiken unter diesen Umständen fern lag und die alleinige Verfügungsberechtigung des Mittelverwendungskontrolleurs nur in **unwahrscheinlichen Ausnahmefällen** gefährdet war, ändert nach dem Dafürhalten des Senats zwar nichts an der Pflichtverletzung und dem vermuteten (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) Verschulden. Jedoch kann dadurch die **tatsächliche Vermutung des Ursachenzusammenhangs** zwischen den Pflichtverletzungen des Mittelverwendungskontrolleurs und dem Anlageentschluss **entkräftet** sein. Da rein faktisch die Zugriffsmöglichkeit des Fondsgeschäftsführers oder Dritter deutlich erschwert war, ist nach

²⁰⁵ BGH, Urteil vom 16. November 2017 – [III ZR 382/15](#) – juris, Rn. 15 f., Rn. 20.

Ansicht des Senats die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Anleger aufgrund dieser Umstände auch bei Aufklärung über die Konstruktion des Kontos deren Mängeln **keine ausschlaggebende Bedeutung** beigemessen und sich dazu entschlossen hätte, die Anlage zu tätigen.²⁰⁶ Das Urteil des Berufungsgerichts konnte danach keinen Bestand haben. Es hatte sich mit dem vom Senat hervorgehobenen Gesichtspunkt im Zusammenhang mit der Kausalität nicht befasst und hierzu keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Der Senat hat die Sache deshalb insgesamt zurückverwiesen.

Ergänzend stellt der Senat klar, dass es für den Anspruch auf Ersatz des Zeichnungsschadens unter Kausalitätsgesichtspunkten nicht darauf ankommt, ob durch die vertragswidrige Kontoerrichtung eine **Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens verursacht** wurde. Die Kausalitätsfrage ist nicht danach zu stellen, wie die Situation gewesen wäre, wenn das vertraglich geschuldete Konto eingerichtet gewesen wäre, sondern wie sich der Anleger verhalten hätte, wenn er aufgeklärt worden wäre. Die **Differenzhypothese** führt dann dazu, dass der **Schaden in der Zeichnung** der Beteiligung selbst besteht, so dass er Anleger verlangen kann, so gestellt zu werden, als ob er der Fondsgesellschaft nicht beigetreten wäre. Bezogen auf diesen **Aufklärungspflichtverletzungsschaden** stellt die hypothetische Entwicklung der Fondsbeteiligung bei vertragsgemäßer Kontoerrichtung weder eine beachtliche Reserveursache noch eine rechtmäßige Alternativursache dar.²⁰⁷

Nicht gebilligt hat der Senat die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Anspruch auf Ersatz des Zeichnungsschadens scheide mit Blick auf die besonderen Umstände des Streitfalls unter **Schutzzweckgesichtspunkten** aus.²⁰⁸ Die übernommene Mittelverwendungskontrolle und die daraus abzuleitenden Handlungs- und Aufklärungspflichten beschränkten sich nach Ansicht des Senats nicht auf einen bloßen Einzelaspekt der Anlage.

²⁰⁶ BGH, a.a.O., Rn. 15 f., Rn. 30.

²⁰⁷ BGH, a.a.O., Rn. 15 f., Rn. 37.

²⁰⁸ BGH, a.a.O., Rn. 15 f., Rn. 31 f.

Vielmehr ging es bei der im Prospekt und den dort abgedruckten Verträgen an diversen Stellen angesprochenen Mittelverwendungskontrolle und dem zu ihrer Gewährleistung zugesagten Treuhandkonto um **Kernbedingungen für die Sicherheit und den Erfolg** der Beteiligung. Dem Mittelverwendungskontrolleur und seiner Tätigkeit kam insoweit in dem Investitionskonzept eine zentrale und umfassende, für den Gesamterfolg wesentliche Rolle zu.²⁰⁹ Weil das versprochene Sicherungssystem ein zentraler Werbungsgesichtspunkt ist, kann die **Relevanz von Abweichungen** im Sicherungssystem nicht unter Schutzzweckgesichtspunkten als unerheblich behandelt werden. Denn das durch den Mittelverwendungskontrollvertrag vorgesehene Sicherungssystem soll gerade dazu dienen, den Anleger vor vertragswidrigen Zugriffen zu schützen.²¹⁰

g)

Einem Vertrag über den **Ersterwerb einer Schuldverschreibung** zwischen der emittierenden Bank und den institutionellen Ersterwerbern kommt grundsätzlich **keine Schutzwirkung zugunsten der Zweiterwerber** zu. Das hat der XI. Zivilsenat im Beschluss vom 19. September 2017 (XI ZB 17/15 – juris) entschieden.

Der Senat sieht insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bank und die Ersterwerber ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart hätten, **vertragliche Schutzpflichten** auf Enderwerber der Schuldverschreibungen zu **erstrecken**. Eine Parallele zu Fällen, in denen eine Person mit staatlich anerkannter Sachkunde auftragsgemäß ein **Gutachten** oder ein Testat abgibt, das erkennbar zum Gebrauch gegenüber einem Dritten bestimmt ist und deshalb nach dem Willen des Bestellers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein soll, lehnt der Senat ab. Seiner Ansicht nach führt die **bloße Kundgabe von Informationen** in einem der Emission von Schuldverschreibungen zugrunde liegenden Konditionenblatt nicht dazu, dass die emittierende Bank gegenüber den Ersterwerbern

²⁰⁹ BGH, a.a.O., Rn. 33.

²¹⁰ BGH, a.a.O., Rn. 35.

Informations- oder Prüfpflichten auf vertraglicher Grundlage übernommen hätte. Ebenso wenig kann danach angenommen werden, der **Wille der Vertragspartner** des ersten Erwerbs darauf gerichtet gewesen sei, die Informationen im Konditionenblatt zur Grundlage eines Anlageentschlusses von Zweiterwerbern zu machen. Die Zweiterwerber können nicht allein daraus, dass sie auf die von der Bank herausgegebene Kapitalmarktinformation vertraut und infolgedessen einen Schaden erlitten haben, eigene vertragliche Ansprüche gegen die Bank herleiten. Eine besondere berufliche oder wirtschaftliche Stellung vermag nach Ansicht des Senats allenfalls ein typisiertes Vertrauen als Garant für einen Prospekt zu begründen. Dieses Vertrauen wird aber ausschließlich durch **spezialgesetzliche bzw. Prospekthaftungsansprüche im engeren Sinne** geschützt, weil ansonsten die Vorgaben des Gesetzgebers zu den zeitlichen Grenzen der Geltendmachung solcher Ansprüche unterlaufen werden könnten.²¹¹

6.-9.

Factoring/Leasing, Geldwäsche, Bankenaufsicht, Steuerliche Bezüge

Hierzu sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen ergangen.

10.

Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts

a)

Überwiegend mit prozessualen Fragen des **Kapitalanleger-Musterverfahrens** befasst sich der bereits erwähnte Beschluss des XI. Zivilsenats vom 19. September 2017²¹².

Danach gilt: Jedes **Feststellungsziel** i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 KapMuG bildet einen **eigenständigen Streitgegenstand** des Kapitalanleger-Musterverfahrens. Eine **ordnungsgemäße Rechtsbeschwerdebegründung** im Kapitalanleger-Musterverfahren verlangt die Angabe von Rechtsbe-

²¹¹ BGH, Beschluss vom 19. September 2017 – [XI ZB 17/15](#) – juris, Rn. 47.

²¹² [XI ZB 17/15](#) – juris.

schwerdegründen für jedes Feststellungsziel, das mit der Rechtsbeschwerde weiter verfolgt werden soll.

In der Rechtsbeschwerdeinstanz kann das Musterverfahren nicht um neue Feststellungsziele **erweitert** werden. Das Feststellungsziel, die Fehlerhaftigkeit einer Kapitalmarktinformation „**insbesondere** durch folgende Aussagen“ festzustellen, ist hinsichtlich der im Folgenden im Feststellungsziel nicht wiedergegebenen Aussagen **nicht hinreichend bestimmt**.

Weder die Musterparteien noch einzelne Beigeladene können Feststellungsziele, die durch den Vorlagebeschluss des Landgerichts oder den Erweiterungsbeschluss des Oberlandesgerichts Verfahrensgegenstand des Musterverfahrens geworden sind, (teilweise) **zurücknehmen**. Ein Musterentscheid ergeht nur dann nicht, wenn sämtliche Beteiligten übereinstimmend erklären, dass sie das Verfahren beenden wollen.

Gemäß § 575 Abs. 3 Nr. 3 ZPO muss eine ordnungsgemäße Rechtsbeschwerdebegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt (Rechtsbeschwerdegründe). Bei mehreren Streitgegenständen oder einem teilbaren Streitgegenstand muss sich die Rechtsbeschwerdebegründung grundsätzlich auf **alle Teile** der angegriffenen Entscheidung erstrecken, hinsichtlich deren eine Abänderung beantragt wird; andernfalls ist das Rechtsmittel für den nicht begründeten Teil als **unzulässig** zu verwerfen.²¹³ Bei einem Kapitalanleger-Musterverfahren bildet jedes Feststellungsziel i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, also **jede gesondert begehrte Feststellung** zum Vorliegen oder Nichtvorliegen einer anspruchsbegründenden oder anspruchsausschließenden Voraussetzung oder zur Klärung einer Rechtsfrage, ein gesondertes Rechtsschutzbegehren und mithin einen **eigenständigen Streitgegenstand des Musterverfahrens**.²¹⁴ Soll die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit einer Kapitalmarktinformation hinsichtlich mehrerer Aussagen festgestellt wer-

²¹³ BGH, Beschluss vom 19. September 2017 – [XI ZB 17/15](#) – juris, Rn. 30.

²¹⁴ BGH, a.a.O., Rn. 32.

den, handelt es sich bei jeder angeblich fehlerhaften oder unzureichenden Aussage um ein eigenständiges Feststellungsziel i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 KapMuG. Das Begehren im Musterverfahren kann nicht darauf gerichtet sein, nur **generell** zu klären, ob eine Kapitalmarktinformation fehlerhaft ist.²¹⁵

In der Rechtsbeschwerde kann das Musterverfahren nicht um neue **Feststellungsziele erweitert** werden.²¹⁶ Die Musterkläger konnten daher mit dem behaupteten Prospektfehler der fehlenden Darstellung der **Interessenkonflikte** der Musterbeklagten aus dem Vertrieb der CPPI-Schuldverschreibungen und Hebelzertifikaten nicht mehr gehört werden. Dieser Fehler war von den verfahrensgegenständlichen Feststellungszielen nicht erfasst, und zwar auch unter Berücksichtigung deren Formulierung, das Konditionenblatt enthalte unrichtige und/oder unvollständige Angaben „insbesondere durch folgende Aussagen“.²¹⁷ Die „**Insbesondere**“-**Formulierung** ist nach Ansicht des Senats **nicht hinreichend bestimmt** und führt nicht etwa dazu, dass schriftsätzlich geltend gemachte, in dem Vorlagebeschluss aber nicht bezeichnete Prospektfehler an den Feststellungszielen teilnehmen. Ein auf die Feststellung eines Prospektfehlers gerichtetes Feststellungsziel ist vielmehr nur dann hinreichend bestimmt formuliert, wenn es die **beanstandete Aussage oder Auslassung der Kapitalmarktinformation selbst wiedergibt**. Es ist nicht Aufgabe des Oberlandesgerichts, einen Prospektfehler, der sich aus dem Parteivorbringen ergibt, in einer stattgebenden Entscheidung erstmals selbstständig auszuformulieren.²¹⁸

Der zum Feststellungsziel 3 gestellte Hilfsantrag, mit dem die Rechtsbeschwerden Feststellungsziele zu einem Prospektfehler wegen unzureichender Darstellung der Interessenkonflikte der Musterbeklagten **erstmalig ausformulierten**, blieb aus diesen Gründen ohne Erfolg. Zu der da-

²¹⁵ BGH, a.a.O., Rn. 33.

²¹⁶ BGH, a.a.O., Rn. 62.

²¹⁷ BGH, a.a.O., Rn. 52 f., Rn. 55 f.

²¹⁸ BGH, a.a.O., Rn. 63 f., Rn. 65.

rin liegenden Erweiterung des Musterverfahrens um neue Feststellungsziele wäre nach dem Dafürhalten des Senats ein entsprechender Beschluss des Oberlandesgerichts erforderlich gewesen. Der Erwägung der Rechtsbeschwerde, die neue Antragstellung sei als „Minus“ gegenüber dem bisher gestellten Antrag zulässig, ist der Senat mit dem Argument entgegengetreten, weder die Musterparteien noch einzelne Beigeladene seien befugt, Feststellungsziele, die durch den Vorlagebeschluss des Landgerichts oder den Erweiterungsbeschluss des Oberlandesgerichts Verfahrensgegenstand des Musterverfahrens geworden sind, (teilweise) **zurückzunehmen**. Ein Musterentscheid ergeht nur dann nicht, wenn **sämtliche Beteiligten übereinstimmend** erklären, dass sie das Verfahren beenden wollen (§ 13 Abs. 5 Satz 1 KapMuG)²¹⁹.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts hatte danach weitgehend Bestand. Aufgehoben hat der Senat die Entscheidung lediglich insoweit, als das Oberlandesgericht (auch) die begehrten Feststellungen zur Verjährungsfrist und zur Anspruchskonkurrenz von Ansprüchen aus Verletzung von Schutzpflichten aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sachlich zurückgewiesen hatte, obwohl deren **Entscheidungserheblichkeit** aufgrund der vorausgegangenen Prüfungsergebnisse des Musterverfahrens **entfallen** war.²²⁰ Insoweit hat der Senat den Erweiterungsbeschluss für **gegenstandslos** erklärt.

b)

Prozessuale Fragen des Kapitalanleger-Musterverfahrens beleuchtet auch ein weiterer Beschluss des XI. Zivilsenats vom 19. September 2017.²²¹ Danach können Dritte, denen in dem **ausgesetzten Rechtsstreit** die Stellung eines **Nebenintervenienten** zukommt, ihre **Beteiligungrechte** gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 KapMuG i.V.m. § 67 Halbsatz 2 ZPO auch im Musterverfahren wahrnehmen, wenn ein Zivilprozess im Hinblick auf ein Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz ge-

²¹⁹ BGH, a.a.O., Rn. 67 f., Rn. 69.

²²⁰ BGH, a.a.O., Rn. 51.

²²¹ [XI ZB 13/14](#).

mäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG ausgesetzt ist. Das **Musterverfahren** nach dem KapMuG ist demgegenüber **nicht interventionsfähig**. Eine Streitverkündungsschrift, die eine im Musterverfahren generell unstatthafte Streitverkündung bewirken soll, ist vom Gericht nicht zuzustellen.

Dritten kann in den **Ausgangsverfahren** gemäß § 72 Abs. 1 ZPO der Streit verkündet werden und der Streitverkündungsempfänger kann in dem Ausgangsverfahren gemäß § 74 Abs. 1 ZPO beitreten. Das gilt nach der Entscheidung des Senats auch in der Phase, in der das Ausgangsverfahren im Hinblick auf das Musterverfahren gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG **ausgesetzt** ist. Denn Prozesshandlungen, die – wie die Streitverkündung – gegenüber einem Dritten oder – wie die Beitrittserklärung – gegenüber dem Gericht vorzunehmen sind, sind auch während der Aussetzung trotz der Vorschrift des § 249 Abs. 2 ZPO wirksam.²²²

Nach dem Beitritt hat der Dritte die Stellung eines Nebenintervenienten (§ 74 Abs. 1 ZPO). Er kann also seine **Beteiligungsrechte** gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 KapMuG i.V.m. § 67 Halbsatz 2 ZPO **im Musterverfahren** wahrnehmen, auch wenn er erst **während der Aussetzung des Ausgangsverfahrens** beigetreten ist. In entsprechender Anwendung des § 67 Halbsatz 2 ZPO kann der Nebenintervenient in diesem Verfahrensabschnitt grundsätzlich die Rechte wahrnehmen, die der im Ausgangsverfahren unterstützten Partei dort als Beteiligter zukommen. Insbesondere kann der Nebenintervenient eines Beteiligten des Musterverfahrens für diesen gemäß § 20 Abs. 1 KapMuG Rechtsbeschwerde einlegen oder der Rechtsbeschwerde eines anderen Beteiligten gemäß § 20 Abs. 3 KapMuG beitreten.²²³

Aus den Besonderheiten des Kapitalanleger-Musterverfahrens leitet der Senat jedoch eine Einschränkung ab: **Im Rechtsbeschwerdeverfahren** gemäß § 20 KapMuG ist der Nebenintervenient in Ausnahme vom sonst

²²² BGH, Beschluss vom 19. September 2017 – [XI ZB 13/14](#) – juris, Rn. 6.

²²³ BGH, a.a.O., Rn. 7 f., Rn. 10.

geltenden Grundsatz nicht ohne weiteres ebenfalls **zuzuziehen**. Denn denjenigen, die sich an dem Verfahren als Nebenintervenient beteiligen, kann nach Auffassung des Senats keine stärkere verfahrensrechtliche Position als den **Beigeladenen** i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 3 KapMuG zukommen, die ebenfalls den Musterkläger unterstützen, jedoch **Partei der Ausgangsrechtsstreite** sind. Die nicht zum Musterkläger ausgewählten Kläger der ausgesetzten Ausgangsverfahren, die somit am erstinstanzlichen Musterverfahren kraft Gesetzes als Beigeladene teilnehmen (§ 9 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 KapMuG), sind in der Rechtsbeschwerdeinstanz aber nur dann zu beteiligen, wenn sie entweder selbst innerhalb der Monatsfrist des § 575 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt Rechtsbeschwerde eingelegt haben oder innerhalb der Frist des § 20 Abs. 3 Satz 1 KapMuG der Rechtsbeschwerde eines anderen Beteiligten beigetreten sind. Dies muss nach Ansicht des Senats erst recht auf die Nebenintervenienten zutreffen, die an den ausgesetzten Ausgangsverfahren nur als Dritte beteiligt sind. Diese sind daher im Rechtsbeschwerdeverfahren ebenfalls nur beteiligt, wenn sie **selbst Rechtsbeschwerde** eingelegt oder der Rechtsbeschwerde eines anderen Beteiligten **beigetreten** sind.²²⁴

Wie der Senat weiter ausführt, ist das **Musterverfahren selbst** nicht nach §§ 66 ff. ZPO **interventionsfähig**. Ein auf den Verfahrensabschnitt des Musterverfahrens bezogener Beitritt und eine auf den Verfahrensabschnitt des Musterverfahrens bezogene Streitverkündung sind damit nicht statthaft. Denn mit dem Musterverfahren nach dem KapMuG wird kein bestimmter Rechtsstreit geführt, sondern es wird lediglich über ein Muster von Rechtsfragen und Tatsachen mit Bindungswirkung für alle ausgesetzten Verfahren entschieden. Nebenintervention und Streitverkündung nach §§ 66 ff. ZPO können aber nicht auf einen bestimmten zeitlichen **Verfahrensabschnitt** beschränkt werden. Rechtsstreit im Sinne des § 66 Abs. 1 ZPO und § 72 Abs. 1 ZPO ist daher nach Ansicht des Senats allein der im Hinblick auf das Musterverfahren ausgesetzte **Ausgangsrechtsstreit**. Für

²²⁴ BGH, a.a.O., Rn. 12 f., Rn. 14.

eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Nebenintervention und Streitverkündung sieht der Senat kein Bedürfnis, weil der Dritte im Ausgangsrechtsstreit einer Partei beitreten und dann, wie dargelegt, gemäß § 11 Abs. 1 KapMuG i.V.m. § 67 Halbsatz 2 ZPO deren Rechte im Musterverfahren wahrnehmen kann.²²⁵

Die erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren erklärte Streitverkündung bleibt damit wirkungslos. Der Senat hat es abgelehnt, die **Streitverkündungsschrift zuzustellen**, weil die Streitverkündung im Musterverfahren generell unstatthaft ist.²²⁶

Karlsruhe, den 08. März 2018

Dr. Peter Rädler

²²⁵ BGH, Beschluss vom 19. September 2017 – [XI ZB 13/14](#) – juris, Rn. 15 f., Rn. 17.

²²⁶ BGH, a.a.O., Rn. 22 f.