



BuB-Monatsbrief

Nr. 02 • Februar 2019

Inhaltsverzeichnis

Allgemeines Bankrecht

BGH, 15.1.2019	Verbraucherkredit – Fernabsatzvertrag – Konditionenanpassung – unechte Abschnittsfinanzierung	3
BGH, 11.9.2018	Verbraucherkredit – Übertragbarkeit des Widerspruchsrechts	4
BGH, 16.10.2018	Verbraucherkredit – Darlehensvertrag – Widerruf – Verwirkung	6

Insolvenzrecht

OLG Düsseldorf, 2.8.2018	Insolvenzanfechtung – kongruente Deckung bei Zahlungen durch Muttergesellschaft – Cash Pool	8
BGH, 2.8.2018	Insolvenzanfechtung – Gesellschafterdarlehen	9

Wertpapier- und Kapitalmarktrecht

BGH, 23.10.2018	Haftung bei fehlerhaftem u. unvollständigem Verkaufsprospekt – Vertriebsprovision – geschl. Fond	11
BGH 18.10.2018	Anlageberatung – Voraussetzungen für die Vorteilsanrechnung	13

Impressum

7



NEU: Bankrecht und Bankpraxis jetzt auch bei XING
Treten Sie der Gruppe bei und diskutieren Sie mit uns!

Zertifikatslehrgänge 2019

mit Zertifikat

In allen
Lehrgängen kann
ein **Zertifikat**
erworben werden.

mit Zertifikat



Datenschutzbeauftragte/r für Kreditinstitute

26. – 27. März 2019 in Köln



Informationssicherheits- beauftragte/r (ISB) für Kreditinstitute

7. – 10. Mai 2019 in Köln



Geldwäschebeauftragte/r (GWB) für Kreditinstitute

20. – 23. Mai 2019 in Köln

Anmeldung und Information:

Stefan Lödorf, Telefon: 0221/5490-133 oder events@bank-verlag.de
Bank-Verlag GmbH | Wendelinstraße 1 | 50933 Köln

Jetzt
anmelden

Verbraucherkredit – Fernabsatzvertrag – Konditionen- anpassung – unechte Abschnittsfinanzierung

Die Vorschriften über Fernabsatzverträge finden auf die Konditionenanpassung bei einer unechten Abschnittsfinanzierung keine Anwendung.

(BGH, Beschl. v. 15.1.2019, Az. XI ZR 202/18, WM 2019, S. 251 ff.)

Der BGH wies die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des 23. Zivilsenats des OLG Frankfurt a. Main vom 23. März 2018 zurück und begründet dies u.a. wie folgt: Der BGH stellt zunächst klar, dass bei einer unechten Abschnittsfinanzierung es sich um (Verbraucher-)Kredite handelt, bei denen dem Darlehenshemer bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein langfristiges Kapitalnutzungsrecht eingeräumt wird. Nur die Zinsvereinbarung werde nicht für den gesamten Zeitraum, sondern zunächst nur für eine bestimmte Festzinsperiode getroffen. Damit werde, anders als bei einer echten Abschnittsfinanzierung, einer Novation oder einer Prolongation nach Ablauf der Gesamtlaufzeit dem Verbraucher gerade kein neues Kapitalnutzungsrecht gewährt, wenn nach Ablauf der Zinsbindungsfrist lediglich neue Konditionen für die Zukunft vereinbart werden und die Konditionenvereinbarung entsprechend dem ursprünglichen Darlehensvertrag vollzogen wird (Senatsurteil vom 28. Mai 2013, Az. XI ZR 6/12).

Der BGH sieht dementsprechend das Darlehensverhältnis als Einheit an, die aus einem "Grundvertrag" und gegebenenfalls anschließenden Prolongationsvereinbarungen besteht. Damit steht, so der BGH, dem Darlehensnehmer nur bei Abschluss des Darlehensvertrags ein Widerrufsrecht nach verbraucherdarlehensrechtlichen Vorschriften zu, nicht aber bei Abschluss einer darauf folgenden Konditionenanpassung (Senatsurteil aaO Rn. 24).

Der BGH führt weiter aus, dass nach § 495 BGB das Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 BGB (idF vom 8. Dezember 2004 bis 3. August 2009) nach dem Wortlaut und der Systematik des § 312d Abs. 5 Satz 1 BGB aF ausgeschlossen ist (Senatsurteil 3. Juli 2018, Az. XI ZR 702/16.). Dies

gelte erst recht für Konditionenanpassungen, die bei der unechten Abschnittsfinanzierung von vornherein im Darlehensvertragsverhältnis vorgesehen sind (§ 312b Abs. 4 Satz 1 BGB aF). Dies wird laut BGH auch durch „offenkundige Auslegung des Unionsrechts“, nämlich Art. 1 Abs. 2 Satz 1 und die Erwägungsgründe 14, 16 und 17 der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. Nr. L 271 S. 16) bestätigt, wonach ein Widerrufsrecht, soweit ein solches nicht aufgrund besonderer gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen besteht, nur für den ersten einer Reihe von aufeinander folgenden oder getrennten Vorgängen der gleichen Art oder die "erste Dienstleistungsvereinbarung" wie beispielsweise eine Kontoeröffnung bestehen soll. Auch hier gilt laut BGH der Erst-Recht-Schluss bei einer bloßen Konditionenanpassung im Rahmen einer unechten Abschnittsfinanzierung, weil diese von vornherein angelegt und von den Vertragsparteien beabsichtigt sei.

Der BGH weist am Ende auch daraufhin, dass sich nichts anderes aus den Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts München I vom 29. Juni 2018 (Az. 22 O 12332/17, inzwischen nach einem Vergleich zurückgezogen) und des Landgerichts Kiel vom 7. September 2018 (Az. 12 O 92/18,) ergibt, weil die dortigen Vorlagefragen die Einheit des Darlehensvertrages bei der unechten Abschnittsfinanzierung außer Acht lassen und damit bereits im Ausgangspunkt von einer rechtlichen unzutreffenden Annahme ausgehen.

Michael Huber, UniCredit Bank AG

Verbrauchercredit – Übertragbarkeit des Widerrufsrechts

Zur Übertragung des Rechts auf Widerruf der auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des Darlehensnehmers.

(BGH, Urt. v. 11.9.2018, Az. XI ZR 125/17, WM 2018, S. 2128 ff.)

A) Problemaufriss (vereinfachte Darstellung):
Im vorliegenden Verfahren geht es im Wesentlichen um die Frage:

Kann ein Widerrufsrecht überhaupt und – falls ja – in welcher Form übertragen werden?

B) Fazit der Entscheidung:

Die Übertragung des Widerrufsrechts nach §§ 398, 413 BGB setzt voraus, dass zugleich ein aufschiebend bedingter Anspruch aus dem Rückgewährschuldverhältnis nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF i.V.m. § 346ff. BGB abgetreten wird.

C) Relevante Punkte der Entscheidung:

- Übertragbarkeit des Widerrufsrechts an sich:
Das Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB ist als vertragsbezogenes Gestaltungsrecht grds. nach §§ 398, 413 BGB übertragbar.

Erläuterung:

- § 399 Fall 1 BGB steht dem nicht entgegen.
- Das Widerrufsrecht kann vom Darlehensnehmer als Verbraucher getrennt werden.
- Voraussetzung für das Entstehen des Widerrufsrechts ist die vertyppte Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers. Der weitere Bestand des Widerrufsrechts ist hingegen nicht von einem Fortbestand der Verbrauchereigenschaft abhängig.

Das Widerrufsrecht erlischt nicht, weil der Verbraucher nach Vertragsschluss Unternehmer wird. Lässt aber ein nachträglicher Wechsel des Status des Widerrufsberechtigten vom Verbraucher zum Unternehmer das vorher begründete Widerrufsrecht unberührt, hindert der Schutzzweck des Widerrufsrechts auch seine Übertragung nicht,

ohne dass es darauf ankäme, ob der Übernehmer Verbraucher oder Unternehmer ist.

- Übertragbarkeit des Widerrufsrechts aber nur zugleich mit aufschiebend bedingtem Anspruch aus dem Rückgewährschuldverhältnis nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF i.V.m. §§ 346ff. BGB.

- Die Abtretung von Ansprüchen des Darlehensnehmers aus § 488 BGB (die u.U. bereits durch Erfüllung erloschen sein könnten) genügen nicht.
- Ein Anspruch aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB ist dagegen gesetzliche Konsequenz der Ausübung des Widerrufsrechts. Dieser Anspruch bildet die Leistungsbeziehungen aus dem Rückgewährschuldverhältnis ab.
- Der Grundsatz des § 361 Abs. 2 BGB (kein Abweichen von den Vorschriften zum Widerruf zum Nachteil des Verbrauchers) ist im Verhältnis von Zedent und Zessionar nicht anwendbar.

Risiko:

Der Verbraucher läuft im Fall einer Übertragung des Widerrufsrechts Gefahr, das Risiko einer möglichen Insolvenz des Zessionars zu tragen.

Grund:

Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis werden nicht automatisch saldiert und eine Aufrechnungslage entsteht erst ex nunc mit dem Wirksamwerden des Widerrufs. Der Verbraucher kann sich nach Ausübung des Widerrufsrechts durch den Übernehmer Rückgewähransprüchen des

»

Darlehensgebers nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit §§ 346 ff BGB ausgesetzt sehen, die er mangels Gegenseitigkeit nicht mehr durch Aufrechnung mit Ansprüchen aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB zum Erlöschen bringen kann.

Der zum Widerruf berechtigte Verbraucher ist in diesem Fall auf etwaige Freistellungsansprüche gegen den Zessionar angewiesen und trägt damit das Risiko einer möglichen Insolvenz des Zessionars.

Johanna Trompke, UniCredit Bank AG



Ihr Ticket zum
größten deutschen Bankrechtskommentar
„Bankrecht und Bankpraxis“ – online und
mit direktem Zugriff

- » Führendes **Standardwerk** im Bankwesen
- » Überall **verfügbar**: online und print
- » **Zielgruppe**: Bankjuristen, Rechtsanwälte, Notare, Gerichte

www.bankrecht-und-bankpraxis.de

BuB Alles, was Bankrecht ist.

Gleich vierwöchiges kostenfreies
Online-Probeabo anfordern unter
medien@bank-verlag.de



Verbraucherkredit – Darlehensvertrag – Widerruf – Verwirkung

Zur Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen.

(BGH, Urt. v. 16.10.2018, Az. XI ZR 45/18, WM 2018, S. 2358 ff.)

Die klagende Bank und die beklagten Verbraucher stritten in dritter Instanz um die Wirksamkeit des Widerrufs der auf den Abschluss eines im Jahr 2004 geschlossenen Verbraucherkreditvertrages gerichteten Willenserklärungen der Beklagten. Bei Abschluss des Darlehensvertrages wurden die Beklagten fehlerhaft über ihr Widerrufsrecht belehrt. Nach Ablauf der Zinsbindungsfrist und der Erbringung aller bis zu diesem Zeitpunkt angefallener Zins- und Tilgungsleistungen lösten die Beklagten das Darlehen zum 31.8.2013 ab; die Klägerin gab die ihr bestellten Kreditsicherheiten frei. Im Dezember 2015, ca. 1 ½ Jahre nach Ablösung des Darlehens widerriefen die Beklagten ihre Willenserklärungen zum Abschluss des Darlehensvertrages und begehrten die Rückabwicklung. Die Klägerin erhob in der Folge Klage auf Feststellung, dass der Darlehensvertrag durch den Widerruf der Beklagten nicht in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt worden sei, weil die Beklagten ihre aus der fehlerhaften Widerrufsbelehrung resultierenden Rechte verwirkt haben sollen.

Der BGH musste in seinem Urteil darüber befinden, ob die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Feststellung einer unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) in Form der Verwirkung vom Berufungsgericht in ausreichendem Maße gewürdigt worden sind.

In seiner Entscheidungsgründen wiederholte der BGH zunächst die etablierten Grundsätze zur Verwirkung eines Rechts: Die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen der illoyal verspäteten Geltendmachung von Rechten setze neben einem Zeitpunkt ein Umstandsmoment voraus. Ein Recht sei

verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten dürfe und eingerichtet habe, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Zeit- und Umstandsmoment könne man nicht voneinander unabhängig betrachten, diese stünden vielmehr in einer Wechselwirkung. Je länger der Inhaber des Rechts untätig bleibe, desto mehr werde der Gegner in seinem Vertrauen schutzwürdig, das Recht werde nicht mehr ausgeübt werden. Zu dem Zeitablauf müssten besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigten, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen wollen. Ob eine Verwirkung vorliege, richte sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles, ohne dass insofern auf Vermutungen zurückgegriffen werden könne.

Im Lichte dieser richterrechtlich entwickelten Vorgaben zur Verwirkung kam der BGH zu dem Ergebnis, dass das Berufungsgericht im vorliegenden Fall wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen habe. In seinen Entscheidungsgründen arbeitete der BGH sodann die aus seiner Sicht relevanten und für die Praxis durchaus hilfreichen Kriterien heraus, die in Konstellationen der hier vorliegenden Art durch die Tatsachengerichte einer eingehenden Bewertung unterzogen werden müssen:

- Dass die klagende Bank mit Leistungen der Beklagten nach Beendigung des Darlehensvertrags gearbeitet habe, sei ein Umstand, der

»

bei der Entscheidung über die Verwirkung des Widerrufsrechts veranschlagt werden könne. Das Berufungsgericht, das gemeint habe, die „Weiterverwendung der zurückgeflossenen Gelder“ sei generell „kein vertrauensbegründender Umstand, der zur einvernehmlichen Darlehensablösung“ hinzutrete, habe ihn bei der Prüfung der Verwirkung des Widerrufsrechts nicht wie geboten mit in den Blick genommen.

Entgegen der Rechtsmeinung des Berufungsgerichts, das die Würdigung dieses Umstands bei der Prüfung der Verwirkung kategorisch ausgeschlossen habe, sei überdies die Tatsache, dass der Darlehensgeber Sicherheiten freigegeben habe, ein Aspekt, den der Tatrichter bei der Prüfung des Umstandsmoments berücksichtigen könne. Dem stünde nicht entgegen, dass der Darlehensgeber nach Beendigung des Darlehensvertrags und vollständiger Erfüllung der aus dem unwiderrufenen Darlehensvertrag resultierenden Pflichten des

Darlehensnehmers die Sicherheiten ohnehin freizugeben hätte. Vom Darlehensgeber bestellte Sicherheiten sollen regelmäßig auch Ansprüche aus einem Rückgewährschuldverhältnis nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB sichern. Dem Rückgewähranspruch des Darlehensnehmers aus der Sicherungsabrede hafte die für den Fall des Widerrufs auflösende Rechtsbedingung einer Revaluierung an. Beende der Darlehensgeber trotz der Möglichkeit der Revaluierung durch Rückgewähr der Sicherheit den Sicherungsvertrag, könne darin die Ausübung beachtlichen Vertrauens im Sinne des § 242 BGB liegen.

Mit Blick auf die unzureichende tatrichterliche Prüfung der Voraussetzungen der Verwirkung hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

Dr. Christian Wulfers, UniCredit Bank AG

Impressum

Verlag und Redaktion:

Bank-Verlag GmbH
Postfach 450209, 50877 Köln
Wendelinstraße 1, 50933 Köln
Tel. 0221/54 90-0
Fax 0221/54 90-315
E-Mail: medien@bank-verlag.de

Bereichsleitung Medien:

Bernd Tretow

Mediaberatung:

Katrin Frese
Tel. 0221/54 90-327
E-Mail: katrin.frese@bank-verlag.de

Redaktion:

Caroline Serong
Tel. 0221/54 90-118
E-Mail: caroline.serong@bank-verlag.de

Layout & Satz:

Cathrin Schmitz
Tel. 0221/54 90-132
E-Mail: cathrin.schmitz@bank-verlag.de

Geschäftsführer:

Wilhelm Niehoff (Sprecher), Michael Eichler, Matthias Strobel

Erscheinungsweise: 12 x jährlich
Kein Teil dieser Publikation darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlags vervielfältigt werden. Unter dieses Verbot fallen insbesondere die gewerbliche Vervielfältigung per Kopie, die Aufnahme in elektronische Datenbanken und die Vervielfältigung auf Datenträgern.

Die Beiträge sind mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt, die Redaktion übernimmt jedoch kein Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der abgedruckten Inhalte. Mit Namen gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers wieder. Empfehlungen sind keine Aufforderungen zum

Kauf oder Verkauf von Wertpapieren sowie anderer Finanz- oder Versicherungsprodukte. Eine Haftung für Vermögensschäden ist ausgeschlossen. Für die Inhalte der Werbeanzeigen ist das jeweilige Unternehmen oder die Gesellschaft verantwortlich.

Insolvenzanfechtung – kongruente Deckung bei Zahlungen durch Muttergesellschaft i.R.d. Cash Pools

1. Erfüllt ein Dritter auf Anweisung des Schuldners dessen Verbindlichkeit, kommt es für die Frage der Kongruenz der so erlangten Deckung allein darauf an, ob eine insolvenzfesten Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner über diese Art der Befriedigung vorliegt. Nicht erforderlich ist, dass dem Gläubiger ein eigenes Forderungsrecht gegen den Dritten eingeräumt wird.
2. Eine derartige Kongruenzvereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner kann auch konkludent dadurch zustande kommen, dass der Gläubiger die langjährig (hier: mehr als zehn Jahre) praktizierte Zahlung der Verbindlichkeiten des Schuldners durch ein konzernangehöriges Unternehmen widerspruchlos hinnimmt und damit auch für den Schuldner erkennbar sein Einverständnis mit dieser Art der Befriedigung zum Ausdruck bringt.

(OLG Düsseldorf, Urt. v.2.8.2018, Az. I-12 U 68/17, ZIP 2018, S. 2282 ff.)

Der Kläger ist Verwalter in dem eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der B.P.D. GmbH (Schuldnerin). Die Beklagte war Vermieterin von der Schuldnerin angemieteter Immobilien. Sie erhielt im letzten Monat vor Insolvenzantrag eine Zahlung gemäß Zahlungsavis der BMPD, die – ebenso wie die Schuldnerin – zur P.-Gruppe gehörte, auf Verbindlichkeiten aus den Mietverträgen mit der Schuldnerin. Die P.-Gruppe praktizierte ein Cash-Pooling-System: die Tochtergesellschaften leisteten Zahlungen auf ein Sammelkonto (Cash Pool-Konto) der BMPD; diese führte für jede Tochtergesellschaft ein (internes) Clearing-Konto, auf dem die Zahlungseingänge/Überweisungen für diese gebucht und verrechnet wurden. Seit mindestens zehn Jahren nahm die BMPD für Gesellschaften der P.-Gruppe – auch für die Schuldnerin – Zahlungen an Dritte vor, unabhängig davon, ob das jeweilige Clearing-Konto ein Guthaben auswies.

Der Kläger begehrt unter dem Aspekt einer inkongruenten Deckung die Rückgewähr o.g. Mietzahlung, jedoch ohne Erfolg.

Der Senat bestätigte zwar, dass es sich um eine gläubigerbenachteiligende mittelbare Zahlung der Schuldnerin handele. Es liege eine „Anweisung auf Schuld“ vor, da die BMPD aufgrund des faktisch durchgeführten Cash-Poolings verpflichtet gewesen sei, Zahlungen auf ihr von den Konzerngesellschaften vorgelegte Rechnungen zu leisten, auch wenn die betreffende Gesellschaft gerade über kein Guthaben verfüge. Die Zahlung durch die BMPD sei jedoch nicht inkongruent und

demgemäß nicht nach § 131 Abs. 1 InsO anfechtbar. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sei (nur) eine die Insolvenzgläubiger benachteiligende *nicht geschuldete* Direktzahlung, die ein Dritter auf Anweisung des Schuldners erbringe, dem Empfänger gegenüber als inkongruente Deckung anfechtbar. (Nur) wenn ein Dritter auf Anweisung des Schuldners dessen Verbindlichkeiten erfülle, *ohne* dass eine *insolvenzfesten Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner* vorgelegen habe, sei die Befriedigung inkongruent.

Daraus leitet der Senat ab, dass es nicht maßgebend sei, ob die Beklagte aufgrund einer dreiseitigen Vereinbarung ein eigenes Forderungsrecht gegen die BMPD auf Bezahlung der in dem Zahlungsavis aufgeführten Verbindlichkeiten habe. Vielmehr komme es für die Frage der Kongruenz allein darauf an, ob Direktzahlungen des Dritten von dem Schuldner aufgrund einer von ihm mit dem Gläubiger (auch konkludent) geschlossenen Vereinbarung in dieser Weise geschuldet waren. Eine derartige Kongruenzvereinbarung bejaht der Senat vorliegend. Die Beklagte habe Zahlungen der BMPD auf die Verbindlichkeiten der Schuldnerin über Jahre widerspruchlos hingenommen und damit auch für die Schuldnerin erkennbar ihr Einverständnis mit dieser Art der Befriedigung zum Ausdruck gebracht. Wenn – wie vorliegend aufgrund des Cash-Poolings – ständig und allein durch den Dritten gezahlt werde, rechtfertige dies den Schluss, dass beide Vertragsparteien diese Art der Befriedigung als die geschuldete ansehen.

Patricia Berger, UniCredit Bank AG

Insolvenzanfechtung – Gesellschafterdarlehen

Die Darlehensforderung eines Unternehmens kann einem Gesellschafterdarlehen auch dann gleichzustellen sein, wenn ein an der darlehensnehmenden Gesellschaft lediglich mittelbar beteiligter Gesellschafter an der darlehensgewährenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist.

(BGH, Urt. v. 15.11.2018/2.8.2018, Az. I-12 U 68/17, ZIP 2018, S. 2282 ff.)

Der Kläger ist Verwalter in dem eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der B GmbH & Co. KG (Schuldnerin). Die beklagte GmbH & Co. KG gewährte der Schuldnerin ein Darlehen, welches diese binnen Jahresfrist vor Insolvenzantragstellung teilweise zurückzahlte. Herr GS war alleiniger Kommanditist der Beklagten und zugleich mittelbar an der Schuldnerin beteiligt, indem er 50% der Geschäftsanteile der A GmbH inne hatte, welche wiederum 10% der Aktien der BK AG hielt, die Mehrheitskommanditistin der Schuldnerin war. Überdies fungierte GS als Geschäftsführer der Komplementär-GmbHs sowohl der Schuldnerin als auch der Beklagten sowie als Vorstand der BK AG.

Der Kläger begehrt – letztlich mit Erfolg – unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO Rückgewähr des Tilgungsbetrages.

Eingangs bekräftigt der Senat die gefestigte Rechtsprechung des BGH, dass auch die Rückführung des Darlehens eines nicht an der Gesellschaft beteiligten Dritten anfechtbar sein könne, obgleich dies in § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, 5 InsO nicht ausdrücklich erwähnt sei. So sei es Wille des Gesetzgebers gewesen, durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen den Anwendungsbereich des früheren § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG auch in personeller Hinsicht zu übernehmen. Von der geltenden Regelung würden daher auch Rechtshandlungen Dritter erfasst, welche der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen. Dies gelte insbesondere für Darlehen verbundener Unternehmen. Die Verbindung könne – vertikal – in der Weise bestehen, dass der Dritte an einer Gesellschafterin der Schuldnergesellschaft beteiligt sei. Sie könne aber auch – horizontal –

so ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der das Darlehen annehmenden und der das Darlehen gewährenden Gesellschaft, beteiligt sei, und zwar an der letztgenannten in maßgeblicher Weise. Eine maßgebliche Beteiligung sei gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidungen des hilfeleistenden Unternehmens, nämlich auf die Gewährung oder auf den Abzug der Leistung an das andere Unternehmen, einen bestimmenden Einfluss ausüben könne.

Maßgeblich für die Beurteilung, ob mit der angefochtenen Zahlung das Darlehen eines Gesellschafters oder gleichzustellenden Dritten zurückgeführt werde, seien die Verhältnisse im Zeitraum der Anfechtungsfrist von einem Jahr vor dem Eröffnungsantrag bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlung. Zu jener Zeit habe der Kommanditist GS über die Stimmenmehrheit bei der Beklagten verfügt und sei damit an dieser maßgeblich beteiligt gewesen. Zudem sei GS mittelbar an der darlehensnehmenden Schuldnerin beteiligt gewesen. Aufgrund der hier anzustellenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei es ohne Bedeutung, dass GS nicht unmittelbar an der Schuldnerin beteiligt gewesen sei. Die Bestimmungen über die Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Insolvenzverfahren über das Vermögen der darlehensnehmenden Gesellschaft setzten, weil deren Gesellschafter keine Finanzierungsentscheidung zu treffen haben, –abgesehen von dem Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO – keine Mindestbeteiligung voraus. Entsprechendes habe auch im Falle einer mittelbaren Beteiligung an der darlehensnehmenden Gesellschaft zu gelten. Der Gesellschafter könne sich seiner Verantwortung nicht entziehen, indem er eine oder mehrere Gesellschaften zwischenschalte. Es widerspräche

»

Sinn und Zweck der vom Gesetz angeordneten Gleichstellung bestimmter Forderungen mit den Gesellschafterdarlehen, einen etwa unmittelbar mit 15 % beteiligten Gesellschafter schlechter als einen mittelbar in gleicher Höhe oder gar stärker beteiligten Gesellschafter zu stellen. Der mittelbar beteiligte Gesellschafter bleibe verantwortlich, solange die Mediatisierung nicht bewirke, dass zu seinen Gunsten das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO eingreife. Letzteres sei vorliegend nicht der Fall: zwar entspreche die mittelbare Beteiligung des GS an der Schuldnerin wirtschaftlich einem Anteil von weniger als 4%, gleichwohl sei das Kleinbeteiligtenprivileg nicht anwendbar, weil GS als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch die Geschäfte der Schuldnerin führte.

Patricia Berger, UniCredit Bank AG

die bank



Oliver Everling und Monika Müller (Hrsg.)

Risikoprofilung mit Anlegern

Das Buch stellt praxisnah die neuesten Verfahren und Systeme des Risikoprofilings mit Anlegern vor und zielt insbesondere darauf, die betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Konzepten sowie individuelles Risikoprofilung mit Anlegern zu untersuchen und zu dokumentieren.



ISBN 978-3-86556-506-8
Art.-Nr. 22.536-1800
512 Seiten, gebunden

89,00 Euro

Haftung bei fehlerhaftem und unvollständigem Verkaufsprospekt – Vertriebsprovision – Geschlossener Fonds – Privatanleger

Die Angabe in einem Verkaufsprospekt, die Kapitalanlagegesellschaft verwende „einen Teil“ der ihr aus dem Sondervermögen geleisteten Vergütung für wiederkehrende Vergütungen an Vermittler von Anteilen als Vermittlungsfolgeprovision, genügt den gesetzlichen Anforderungen des § 41 Abs. 5 Halbs. 2 InvG a.F. (jetzt: § 165 Abs. 3 Nr. 8 KAGB).

(BGH, Beschl. v. 23.10.2018, Az. XI ZB 3/16, WM 2019, S. 20 ff.)

Der BGH hatte in dem vorliegenden Beschluss über eine Rechtsbeschwerde im Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) zu entscheiden. Inhaltlich ging es u.a. um die richtige und vollständige Darstellung der wesentlichen Angaben im Verkaufsprospekt und die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage Prospekthaftungsansprüche geltend gemacht werden können.

I. Sachverhalt und Verfahrensverlauf (auszugsweise)

Die Musterbeklagte, eine Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG), war seit November 2005 Verwalterin des offenen Immobiliensondervermögens „Morgan Stanley P2 Value“, welches in Immobilien und Anlagegegenstände im In- und Ausland investierte und sich sowohl an Privatanleger als auch an institutionelle Anleger richtete. Im Oktober 2008 versuchten zahlreiche Anleger ihre Anteile in einem Größenvolumen von ca. 260 Mio. € innerhalb kurzer Zeit zurückzugeben. Aufgrund mangelnder Liquidität setzte die Musterbeklagte daraufhin die Rücknahme der Anteile mehrmals aus und kündigte schließlich die Verwaltung des Sondervermögens rechtzeitig zum 30.10.2013, mit der Folge, dass das Immobiliensondervermögen auf die Depotbank übertragen wurde und dort weiterhin abgewickelt wird.

Zahlreiche Anleger erhoben ab dem Jahr 2012 Schadensersatzklagen im Rahmen eines Musterverfahrens gegen die Musterbeklagte mit der Begründung, der Verkaufsprospekt sei teilweise fehlerhaft und unvollständig gewesen. So sei u.a. nicht ausreichend dargestellt worden, in

welcher Höhe der Ausgabeaufschlag für Vertriebsleistungen verwendet werde. Nach Auffassung des Musterklägers liege darin eine (vor) vertragliche Pflichtverletzung, die neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung zu einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 i.V.m. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB führe.

Das OLG Frankfurt a.M. hatte die Musterklage mit Musterentscheid vom 13.1.2016 (in der Fassung vom 23.3.2016) überwiegend zurückgewiesen. Der Musterkläger wendete sich nun mit der Rechtsbeschwerde – überwiegend erfolglos – gegen den Musterentscheid.

II. Wesentliche Aussagen des BGH

Der BGH schloss sich den Ausführungen des OLG Frankfurt a.M. im Wesentlichen an. Insbesondere führte er dazu aus:

1. Es genüge den prospektrechtlichen Anforderungen des § 41 Abs. 5 Halbs. 2 InvG a.F. (jetzt: § 165 Abs. 3 Nr. 8 KAGB), wenn im Verkaufsprospekt die Angabe enthalten sei, dass „ein Teil“ der an die KVG aus dem Sondervermögen geleisteten Vergütungen für wiederkehrende Vergütungen an Vermittler von Anteilen als Vermittlungsfolgeprovision (sog. Bestandsprovisionen) verwendet werde. Der BGH führte zunächst aus, dass eine Informationspflicht nach dem Gesetzestext ohnehin nur bestünde, wenn ein nicht unwesentlicher Teil der Vergütung an den Vermittler fließe. Für diesen Fall reiche es nach der Gesetzesbegründung aber aus, wenn der Anleger „dem Grunde nach“ darüber informiert werde,

»

dass der Vermittler auch aus Beweggründen handle, die für ihn selbst wirtschaftlich relevant seien. Nach Ansicht des BGH sei dies auch dann der Fall, wenn die KVG mindestens 90% ihrer Vergütung als Vermittlungsfolgebprovisionen auszahle.

2. Weitergehend bestätigte der BGH in dem Beschluss, dass für Ansprüche im Zusammenhang mit Prospektfehlern ausschließlich der spezialgesetzliche Tatbestand des § 127 Abs. 1 InvG a.F. (jetzt: § 306 KAGB) gelte und die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen im Wege der *lex specialis* Konkurrenz verdrängt würden. Alleinige Rechtsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch im Zusammenhang mit fehlerhaften und unvollständigen Prospektangaben könne folglich nur § 306 KAGB sein. Eine Haftung auf Grundlage von allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüchen, einschließlich einer Haftung aus vorvertraglicher Pflichtverletzung, käme daneben nur dann in Betracht, wenn die Pflichtverletzung über die unrichtige und unvollständige Gestaltung des Verkaufsprospektes hinausgehe, wie bspw. durch Verletzung einer weitergehenden mündlichen Zusicherung.

**Dr. Sabine Seidenschwann,
UniCredit Bank AG**

Anlageberatung – Voraussetzung für die Vorteilsanrechnung der Gewinne einer neben der verlustreichen Anlage weiteren zeitgleich beratenen Anlage

Jedenfalls wenn der Anleger auf der Grundlage eines einheitlichen Beratungsgesprächs zwei verschiedene, ihrer Struktur nach aber gleichartige Anlagemodelle gezeichnet und dabei eine auf demselben Beratungsfehler beruhende einheitliche Anlageentscheidung getroffen hat, muss er sich, sofern er eines der beiden Geschäfte im Wege des Schadensersatzes rückabwickeln will – etwa weil sich ein Geschäft positiv und das andere negativ entwickelt hat –, auf den Zeichnungsschaden aus dem verlustbringenden Geschäft die Gewinne aus dem positiv verlaufenden Geschäft anrechnen lassen.

(BGH Urt. v. 18.10.2018, Az. III ZR 497/16, WM 2018, S. 2179 ff.)

Der Kläger folgte drei von vier in einem Beratungsgespräch erteilten Anlageempfehlungen eines für die Beklagte als selbständiger Handelsvertreter tätigen Anlageberaters. Die Anlageempfehlungen und darauf folgende Anlageentscheidungen des Klägers betrafen einen niederländischen Immobilienfonds und einen kanadischen Immobilienfonds. Während sich der niederländische Fonds negativ entwickelte, warf der kanadische Fonds erhebliche Gewinne ab. Der Kläger verlangt die Rückabwicklung der verlustreichen niederländischen Fondsbeteiligung. Er behauptet, dass die Anlage als „absolut sicher“ dargestellt worden wäre. Der Berater habe zudem nicht über weitere Risiken, wie etwa das Währungsrisiko und die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB, aufgeklärt. Die Beklagte ist dem entgegen getreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen unter Verweis auf die die Verluste übersteigenden Gewinne aus dem am selben Tag gezeichneten kanadischen Fonds. Das Oberlandesgericht hat hingegen die Beklagte unter anderem zur Leistung von Schadensersatz verurteilt, da es Pflichtverletzungen in der unzureichenden Aufklärung über das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung (§ 172 Abs. 4 HGB) und das aus einem Schweizer Franken bezogenen Swap resultierende Währungsrisiko für festgestellt erachtet hat. Notwendige Voraussetzung für eine Vorteilsanrechnung sei ein einheitli-

ches Schadensereignis. Ein solches liege aber selbst in der vorliegenden Konstellation nicht vor, in der zwei Beteiligungen an jeweils einem geschlossenen Immobilienfonds in einem einzigen Gespräch erfolgten. Hiergegen wendet sich die zu dieser Frage zugelassene Revision der Beklagten.

Nach Ansicht des III. Senats des BGH sind vorliegend auf den infolge einer fehlerhaften Anlageberatung entstandenen Schaden die Gewinne aus der anderen – positiv verlaufenden – Fondsbeteiligung unter dem Aspekt der Vorteilsausgleichung anzurechnen. Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung sind dem Geschädigten diejenigen Vorteile anzurechnen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Nach überblicksmäßiger Darstellung der verschiedenen Ansichten in Literatur und Rechtsprechung, wann ein solcher adäquater Zusammenhang vorliegt, kommt der Senat zu dem Schluss, dass die Betrachtung aller hier zu beurteilenden maßgeblichen Umstände eine Verrechnung der mit dem kanadischen Fonds erzielten Gewinne auf den Verlust aus dem niederländischen Fonds erfordert. Insbesondere verklammere das einheitliche Beratungsgespräch die Anlageentscheidungen derart, dass die in ihrer Struktur nach gleichartigen und in ihren Risiken vergleichbaren Investments ein „Paket“ darstellten und letztlich eine aus mehreren Komponenten bestehen-

de einheitliche Anlageentscheidung vorliege. Daran ändere auch nichts, dass die Anlagen für sich betrachtet nicht voneinander abhingen und die jeweiligen Beitrittserklärungen separat unterzeichnet wurden. Hinzu käme, dass beide Anlageentscheidungen auf der gleichen Aufklärungspflichtverletzung beruhten, da der Berater weder im Hinblick auf den niederländischen noch auf den kanadischen Fonds auf das Risiko des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung hingewiesen hätte. Der Kläger habe sogar selbst vorgetragen, dass er bei zutreffender Aufklärung beide Fonds nicht gezeichnet hätte.

Jedenfalls aus der Kumulation dieser Umstände – dieselbe Beratungssituation, umfassendes Anlagekonzept, gleichartige Produkte, Identität des Aufklärungsfehlers und Gesamtentscheidung des Klägers über Zeichnung der Anlagen – ergebe sich, dass auch die Rückabwicklung der beiden zeitgleich abgeschlossenen Investments nicht getrennt voneinander erfolgen dürfe. Die Entwicklung beider Fonds müsse daher im Sinne einer Gesamtsaldierung in die Schadensberechnung einfließen.

Martina Kern, UniCredit Bank AG