



## BuB-Monatsbrief

Nr. 08 • August 2019

### Inhaltsverzeichnis

<b>Allgemeines Bankrecht</b>		
OLG München, 4.3.2019	Kontoführung – Aufwendungsersatz – unerlaubtes Online-Glücksspiel	3
BGH, 19.3.2019	Kreditvertrag – Bearbeitungsentgelt – Anforderungen an das individuelle Aushandeln	4
BGH, 6.6.2019	Kreditsicherungsrecht – Abtretung von Vergütungsforderungen eines Kassenzaharztes gegen die KZV	6
<b>Gesellschaftsrecht</b>		
BGH, 26.3.2019	Unwirksamkeit einer Klausel über die Haftungsverteilung in einem Kaufvertrag über einen Kommanditanteil	9
<b>Insolvenzrecht</b>		
BGH, 2.5.2019	Insolvenzanfechtung – Gesellschafterdarlehen	11
<b>Wertpapier- und Kapitalmarktrecht</b>		
BGH, 12.3.2019	Derivate – Aufklärungspflicht über anfänglich negativen Marktwert bei	12
BGH, 21.5.2019	Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Anlageberatung bei einer Fondszeichnung – Verjährungsfrist	14
<b>Impressum</b>		5



# **BVForms®**

## **Bank-Vertragsvordrucke**

### **Mehr Sicherheit in Ihrer Bankpraxis**

Von A wie AGB bis Z wie Zessionsliste – die mehr als 360 Vertragsvordrucke des Bank-Verlags stehen seit vielen Jahren für Rechtskompetenz und Sicherheit! Alle Formulare unterliegen einem ständigen inhaltlichen Monitoring unter Berücksichtigung der aktuellen Gesetzgebung, Rechtsprechung, Literatur und vor allem der Bankpraxis.

#### **» Bereitstellung**

Die BV-Vordrucke werden als offene pdf-Datei mit Formularfeldern zur Verfügung gestellt. Der Download der jeweils aktuellen Vordruck-Versionen erfolgt über die webbasierte BVForms® Content-Plattform.

Sie können wählen zwischen einer Voll-Lizenz mit Zugriff auf das Vordruck-Gesamtportfolio oder einer Teil-Lizenz mit Zugriff auf ausgewählte Vordrucke.

#### **» Fragen rund um das Formularwesen?**

Sprechen Sie uns einfach an!

**Michael Stoll**

Key Account Manager, 0221/5490-124

**Susanne Breithaupt**

Produktmanagerin, 0221/5490-641

## Kontoführung – Aufwendungsersatz – unerlaubtes Online-Glücksspiel

**Einem Kreditinstitut steht auch dann ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gegenüber dem Kunden zu, wenn dieser seine Kreditkarte zur Begleichung von Kosten im Zusammenhang mit unerlaubten Online-Glücksspielen nutzt.**

*(OLG München, Beschl. v. 4.3.2019, Az. 19 U 793/18)*

In dem dem Hinweisbeschluss des OLG München gem. § 522 Abs. 2 ZPO zugrunde liegenden Fall hatte der beklagte Bankkunde seine Kreditkarte zur Begleichung von Kosten im Zusammenhang mit einem unerlaubten Online-Glücksspiel genutzt. In Übereinstimmung mit dem Erstgericht vertrat das OLG die Auffassung, dass der Bank gemäß §§ 675c Abs. 1, 670 BGB ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gegenüber ihrem Kunden zustehe, obwohl die von der Bank im Auftrag des Kunden beglichen Kosten im Zusammenhang mit einem unerlaubten Online-Glücksspiel standen. So erfasse die Nichtigkeitswirkung des § 134 BGB nur das Verhältnis zwischen dem Kunden und dem Glücksspielveranstalter, strahle jedoch nicht auch auf das Anweisungsverhältnis zwischen der Bank und dem Kunden als Karteninhaber aus, da diese vertragliche Beziehung als solche gegen kein gesetzliches Verbot verstoße.

Entgegen der Auffassung des Beklagten wirke die Bank bei Ausführung eines autorisierten Zahlungsvorganges auch nicht im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV (Glücksspielstaatsvertrag) am unerlaubten Glücksspiel mit. Zwar könnten die am Zahlungsverkehr beteiligten Banken unter Umständen als verantwortliche Störer herangezogen werden, dies allerdings nur, sofern ihnen zuvor die Mitwirkung an unerlaubten

Glücksspielangeboten von der Glücksspielaufsichtsbehörde mitgeteilt worden sei. Dies sei vorliegend ebenso wenig ersichtlich wie eine positive Kenntnis der Klägerin, dass der Zahlungsvorgang auf den Einsatz des Kunden bei einem Glücksspiel gerichtet sei.

Schließlich treffe eine Bank grundsätzlich auch keine Prüfungs- oder gar Warnpflichten gegenüber ihrem Kunden, um diesen vor möglicherweise illegalen Zahlungsvorgängen zu schützen und ihn davon abzuhalten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müsse ein Kreditkartenunternehmen, wenn das Vertragsunternehmen ordnungsgemäße Belastungsbelege einreiche, nicht prüfen, ob dem Vertragsunternehmen eine wirksame Forderung gegenüber dem Karteninhaber zustehe (BGH, Urt. v. 24.09.2002, WM 2002, 2195, Rdnr. 18). Auch Warnpflichten der Bank gegenüber dem Kunden kämen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur in sehr begrenzten Ausnahmefällen in Betracht, insbesondere dann, wenn ein Kreditinstitut bereits ohne nähere Prüfung des Zahlungsvorganges aufgrund massiver Anhaltspunkte Verdacht schöpfe. Hiervon sei vorliegend nicht auszugehen.

**Dr. Michael Brass, UniCredit Bank AG**

## Kreditvertrag – Bearbeitungsentgelt – Anforderungen an das individuelle Aushandeln

**Zu den Anforderungen an die Darlegungslast bezüglich des „individuellen Aushandelns“ eines Bearbeitungsentgelts im Zusammenhang mit einem gewerblichen Darlehensvertrag.**

*(BGH, Urt. v. 19.3.2019, Az. XI ZR 9/18, NJW 2019, S. 2080 ff.)*

In dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Fall stritten die Klägerin und die beklagte Sparkasse über die Rückzahlung einer im Zusammenhang mit einem gewerblichen Darlehensvertrag entrichteten Bearbeitungsgebühr. Die wirtschaftlichen Rahmendaten der Finanzierung waren bereits vor Vertragsabschluss in einem sog. „Term Sheet“ zusammengefasst, in welchem es einleitend hieß:

*„Mit diesem Term Sheet stellt die Sparkasse die Rahmendaten der gewünschten Finanzierung unter Berücksichtigung ihres bisherigen Prüfungsergebnisses zusammen. Damit die Finanzierung den Beschlussgremien der Sparkasse korrekt vorgestellt werden kann, teilt der Kreditnehmer kurzfristig eventuell bestehende Änderungswünsche mit; anderenfalls bestätigt der Kreditnehmer mit Gegenzeichnung dieses Term Sheets die korrekte Wiedergabe der Finanzierungsanfrage.“*

In dem Term Sheet war, wie auch später im Darlehensvertrag, unter anderem festgehalten, dass die Klägerin ein Bearbeitungsentgelt in Höhe von 3,5 % des Darlehensbetrages zu zahlen hat. Außerdem sollte die Klägerin ein Bearbeitungsentgelt in Höhe von 5000 € zahlen, wenn die Finanzierung aus nicht von der Sparkasse zu vertretenden Gründen nicht zustande kommen sollte. Bevor die Klägerin dieses Term Sheet schließlich unterzeichnete, brachte sie noch handschriftliche Änderungswünsche zur Person des Generalunternehmers und zu Verfügungen über das Baukonto an.

In der Berufungsinstanz konnte sich die Klägerin mit ihrem Rückforderungsverlangen nicht

durchsetzen. Das Berufungsgericht war der Auffassung, dass es sich bei der im Streit stehenden Passage des Darlehensvertrages über eine „Bearbeitungsgebühr“ nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handeln soll. Denn ausweislich des Term Sheet sei es ja zu Verhandlungen über die Konditionen des von der Klägerin begehrten Kredits gekommen. Nach dem unbestrittenen, durch den Inhalt des Term Sheet bestätigten Vortrag der Beklagten habe das Finanzierungsangebot das Ergebnis von Verhandlungen zwischen den Parteien wiedergegeben. Dass die Klägerin zur Kenntnis genommen und verstanden habe, dass es sich bei dem Term Sheet nicht um ein letztes, nicht mehr verhandelbares Angebot der Beklagten gehandelt habe, ergebe sich, so das Berufungsgericht, sowohl aus den handschriftlichen Änderungswünschen des Geschäftsführers als auch aus dem von diesem formulierten Anschreiben. Das von der Beklagten geforderte Bearbeitungsentgelt sei zwar nicht Gegenstand der tatsächlich auch umgesetzten Änderungswünsche der Klägerin gewesen, hätte aber „hierzu genommen werden können“. Damit soll die Beklagte ausreichend dargelegt haben, „zu Verhandlungen über einzelne Bestimmungen des beabsichtigten Darlehensvertrags bereit gewesen zu sein“.

Der BGH schloss sich der rechtlichen Bewertung des Berufungsgerichts nicht an. Unter Wiederholung seiner in ständiger Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze zur Frage des individuellen Aushandelns hielt der BGH zunächst fest, dass Aushandeln mehr bedeute als bloßes Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne könne nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender den in seinen Allgemeinen Ge-

»

schäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stelle und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräume mit zumindest der effektiven Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er müsse sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. Die entsprechenden Umstände habe der Verwender darzulegen. In der Regel schlage sich das Aushandeln in Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Die allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln abzuändern, genüge nicht.

Nach diesen Grundsätzen sei eine Klausel nicht schon dann nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgehandelt worden, wenn nach Verhandlungen über verschiedene andere Teilaspekte eines Vertrages dort Vertragsbedingungen geändert worden seien. Zwar mögen die Vertragspartner bei solchen Verhandlungen jeweils für sich ihre wirtschaftliche Position als einheitliches Paket beurteilt haben. Das rechtfertige es aber nicht, eine vom Verwender gestellte, konkret nicht verhandelte und unverändert in den Vertrag übernommene Vertragsbedingung als ausgehandelt anzusehen. Denn das Aushandeln muss sich

nach dem Gesetzeswortlaut jeweils auf bestimmte Vertragsbedingungen beziehen („im Einzelnen“) und führt nur in diesem Umfang („soweit“) zur Nichtanwendung der §§ 305 ff. BGB.

Bezogen auf den konkreten Streitfall arbeitete der BGH heraus, dass die Beklagte mit ihrem Sachvortrag nicht schon dann ihrer Darlegungslast entspreche, wenn sie lediglich vorträgt, dass sie über das Bearbeitungsentgelt ja verhandelt hätte, wäre dieses Bearbeitungsentgelt von der Klägerin hinterfragt worden. Nichts anderes soll sich vor diesem Hintergrund aus der Sicht des BGH dann auch daraus ergeben, dass in dem Term Sheet zwischen den Parteien ausdrücklich festgehalten war, dass die Klägerin ihre eventuell bestehenden Änderungswünsche kurzfristig mitteilen solle. Denn hierin sei noch kein konkreter Anhaltspunkt dafür zu sehen, dass gerade der gesetzesferne Kern der streitbefangenen Klausel aufgegeben werden würde.

Aus den vorgenannten Gründen, insbesondere der aus Sicht des BGH unzureichenden Bewertung der Anforderungen an die Darlegungslast der AGB-Verwenderin, hob der BGH das klageabweisende Berufungsurteil auf.

**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](mailto:medien@bank-verlag.de)

#### Bereichsleitung Medien:

Bernd Tretow

#### Mediaberatung:

Katrin Frese  
Tel. 0221/54 90-327  
E-Mail: [katrin.frese@bank-verlag.de](mailto:katrin.frese@bank-verlag.de)

#### Redaktion:

Caroline Serong  
Tel. 0221/54 90-118  
E-Mail: [caroline.serong@bank-verlag.de](mailto:caroline.serong@bank-verlag.de)

#### Layout & Satz:

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

## Kreditsicherungsrecht – Abtretung von Vergütungs- forderungen eines Kassenzahnarztes gegen die KZV – Abbedingung der Informationsrechte gem. § 402 BGB als Wirksamkeitsvoraussetzung

**§§ 398, 402 BGB, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB**

Vergütungsforderungen eines Kassenzahnarztes gegen seine kassenzahnärztliche Vereinigung können wirksam abgetreten werden, sofern die Informationsrechte des Forderungserwerbers abbedungen sind. Dies ist anzunehmen, wenn der Forderungserwerber den Kassenzahnarzt zur Einziehung der abgetretenen Forderungen ermächtigt.

**§ 91 Abs. 1 InsO, § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB**

Eine vor Insolvenzeröffnung von dem Schuldner zur Sicherung vereinbarte Globalabtretung erfasst auch im Fall der zwischenzeitlichen Freigabe der selbstständigen Tätigkeit die nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens entstehenden Forderungen des Schuldners.

**§§ 35 Abs. 2, 91 Abs. 1 InsO**

Tritt ein als Kassenzahnarzt tätiger Schuldner vor Insolvenzeröffnung ihm zustehende künftige Forderungen gegen seine kassenzahnärztliche Vereinigung zur Sicherung ab und gibt der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung seine selbstständige Tätigkeit frei, so fallen diese Forderungen während der Dauer des Insolvenzverfahrens mangels eines wirksamen Erwerbs des Sicherungsnehmers in das frei gegebene Vermögen des Schuldners (Aufgabe von BGH, Urteil vom 18. April 2013 – IX ZR 165/12, WM 2013, 1129).

*(BGH, Urt. v. 6.6.2019, Az. IX ZR 272/17, WM 2019, S. 1269 ff.)*

Dem Urteil des BGH liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: der Schuldner, ein freiberuflich tätiger Zahnarzt, hatte seine Vergütungsansprüche gegen eine kassenzahnärztliche Vereinigung sicherungshalber an seine damalige Ehefrau abgetreten. Diese übertrug die ihr abgetretenen Honoraransprüche mit Vertrag vom 22./25. September 2008 auf den Kläger, nur wenige Tage nachdem am 12. September 2008 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet worden war.

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2008 gab der Insolvenzverwalter das Vermögen aus der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners frei. Das beklagte Bundesland erwirkte am 18. Juni 2015 wegen rückständiger Forderungen der Gerichtskasse i. Hv. 2.444,70 € gegen den Schuldner ei-

nen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, mit welchem die Ansprüche des Schuldners gegen die kassenzahnärztliche Vereinigung gepfändet wurden. Der Kläger beantragte, die Zwangsvollstreckung aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss für unzulässig erklären. Das zuständige Amtsgericht entsprach diesem Antrag jedoch nicht. Nach Bezahlung der gepfändeten Forderungen durch die Drittschuldnerin beantragte der Kläger in der Berufungsinstanz, das beklagte Bundesland zur Herausgabe der 2440,70 € zu verurteilen. Auch der Berufung blieb der Erfolg versagt. Mit der hiergegen zugelassenen Revision verfolgte der Kläger sein Begehren weiter:

In den Entscheidungsgründen geht der BGH *en detail* – nur dieser Teil des Urteils ist Gegenstand

»

dieser Besprechung, im Übrigen muss es bei den Leitsätzen verbleiben – auf die Frage der Wirksamkeit der Abtretung von kassen(zahn)ärztlichen Vergütungsansprüchen ein. Dabei kam der Senat für den Entscheidungsfall zu dem Ergebnis, dass die Abtretung dieser Ansprüche nicht an einem Verstoß gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 134 BGB scheitert, da der gesetzliche Informationsanspruch des Abtretungsempfängers, der aus § 402 BGB folgt, wirksam abbedungen gewesen sei.

Anders als das BSG (Urteil vom 27. Juni 2018 – B 6 KA 38/17) stützt der BGH sein Ergebnis auf einen (konkludenten) Ausschluss der gesetzlichen Informationsrechte nach § 402 BGB im Rahmen der Abtretungsvereinbarung. Der Senat stellte dabei zunächst heraus, dass wegen der Verschwiegenheitspflicht des Arztes die Abtretung der Honorarforderungen grundsätzlich eine Einwilligung des jeweiligen Patienten voraussetze, um nicht wegen eines Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 134 BGB nichtig zu sein. Dabei sei es, so der Senat weiter, insbesondere ohne Bedeutung, ob im Zusammenhang mit der Abtretung tatsächlich Informationen offenbart werden, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen, sowie auch, ob eine Pflicht zur Offenlegung solcher Tatsachen ausdrücklich vereinbart wurde oder sich als gesetzliche Folge der Forderungsabtretung aus § 402 BGB ergibt. Im Falle einer Mehrfachabtretung wirke § 402 BGB zudem zugunsten des Letztzessionars im Verhältnis zum Erstzedenten fort.

Der Umfang der gesetzlichen Informationspflicht werde, so der BGH weiter, dabei auch nicht durch § 203 StGB inzident auf solche Tatsachen begrenzt, deren Offenbarung nicht tatbestandsmäßig und daher straffrei ist. Die Informationspflicht des § 402 BGB umfasse, ungeachtet der strafrechtlichen Relevanz, vielmehr sämtliche Informationen, die der Zessionar benötigt, um die abgetretenen Forderungen erfolgreich durchsetzen zu können. Deshalb begründe bereits die mit der Abtretung eingegangene Verpflichtung zur Offenbarung von Tatsachen, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen, einen Verstoß gegen § 203 StGB. Auf eine tatsächliche Offenbarung komme es nicht an. Eine wirksame Abtretung ohne eine entsprechende tatbestandsausschließende Einwilligung des Patienten komme deshalb nur dann

in Betracht, wenn die in § 402 BGB normierten Informationspflichten ausdrücklich oder stillschweigend abbedungen werden. Andernfalls sei die Abtretung gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 134 BGB grundsätzlich unwirksam.

Ferner stellte der BGH heraus, dass es nicht darauf ankomme, ob es sich um eine Abtretung von privatärztlichen Vergütungsansprüchen oder um die Abtretung von Gebührenforderungen gegen eine kassen(zahn)ärztliche Vereinigung handle. Rechtlich sei nicht ausschlaggebend, gegen wen sich die Gebührenforderungen richten. Der Verbotstatbestand werde vielmehr durch die Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Patienten verwirklicht.

Sodann stellte der BGH heraus, dass die Wirksamkeit der Abtretung (abweichend von dem Urteil des BSG) auch nicht daraus hergeleitet werden könne, dass weder im Honorarbescheid noch in den Mitteilungen über die Abschlagszahlungen Informationen über die Patienten enthalten seien, die nach § 203 StGB strafrechtlich geschützt sind. Denn unabhängig vom späteren Inhalt der Bescheide könne der Zessionar von dem Kassen(zahn)arzt die Erteilung sämtlicher Informationen und Aushändigung der zum Beweis hierfür dienenden Urkunden verlangen, die zur Geltendmachung und Durchsetzung der zedierten Forderungen notwendig sind. Dazu gehörten auch die näheren Umstände der Behandlung des einzelnen Patienten, welche dem Schutzbereich des § 203 StGB unterfallen. Die dem Zessionar zu offenbarende Abrechnung eines Kassen(zahn)arztes habe insbesondere die Behandlungsart, die Diagnose oder den Behandlungsgrund, die Gebührennummer, das Datum der Leistungserbringung sowie die Arztidentifikation und die Betriebsstättennummer auszuweisen. Infolgedessen könne jedenfalls dann, wenn die zedierten Honorarforderungen streitig seien, ein Konflikt mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht der Patienten entstehen, wenn der Zessionar vom Vertrags(zahn)arzt, gestützt auf § 402 BGB, entsprechende personenbezogene Informationen und Nachweise zur Durchsetzung der zedierten Forderungen verlangt, wobei für den Verstoß bereits die mit der Abtretung eingegangene Verpflichtung zur Offenbarung solcher Geheimnisse ausreichend sei.

Im Entscheidungsfall sah der BGH jedoch keinen Verstoß gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB und damit keine Unwirksamkeit der Abtretung gemäß § 134 BGB, da die Informationsrechte des Klägers aus § 402 BGB im Rahmen der Abtretungsvereinbarung stillschweigend und auf Dauer außer Kraft gesetzt worden seien: § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 134 BGB greife nicht Platz, wenn die Informationspflichten des § 402 BGB ausgeschlossen wurden und folglich die Offenbarung sensibler Patientendaten ausgeschlossen sei. Dabei könne die Regelung des § 402 BGB auch stillschweigend abbedungen werden, was ann anzunehmen sei, wenn dem Zedenten im Rahmen einer stillen Zession die Einziehungsbezugnis vorbehalten ist. In diesem Fall erhalte der Zessionar auch nach Widerruf der Einziehungsermächtigung keinen Zugriff auf die Patientendaten. Eine wirksame Abtretung vertrags(zahn)ärztliche Honorarforderungen könne daher durch eine Vertragsgestaltung erreicht werden, so der Senat, die dem Zedenten die Forderungseinzie-

hung zuweist und dadurch zugleich dem Zessionar die gesetzlichen Informationsrechte aus § 402 BGB versage. Entscheidend sei, dass dem Zedenten trotz Abtretung der Ansprüche die Befugnis eingeräumt wird, die Forderung in eigenen Namen einzuziehen, wie es die streitgegenständliche Sicherungsabtretung vorsah.

Schließlich wies der BGH darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des BSG Rechtsunsicherheit darüber bestehe, ob ein Zessionar, der keinen Bezug zur (zahn)ärztlichen Behandlung hat und auch selbst nicht einer berufsbezogenen Schweigepflicht nach § 203 Abs. 1 StGB unterliegt, an ihn abgetretene Honoraransprüche vor den Sozialgerichten überhaupt verfolgen kann. Auch deshalb sei eine Einzugsermächtigung zugunsten des Zedenten im wohlverstandenen objektiven Interesse des Zessionars.

**Dr. Thomas Kamm, UniCredit Bank AG**

## 9. Fachtagung Bankrecht und Bankpraxis

# „Rechtsabteilung im Wandel: Digitalisierung von Produkten und Prozessen“

Donnerstag, 14. November 2019, Bank-Verlag GmbH in Köln

### Information und Anmeldung:

Stefan Lödorf | 0221/5490-133 | [events@bank-verlag.de](mailto:events@bank-verlag.de)  
Bank-Verlag GmbH | Wendelinstraße 1 | 50933 Köln





## Kommanditgesellschaft – Zur Unwirksamkeit einer Klausel über die Haftungsverteilung in einem Kaufvertrag über einen Kommanditanteil

**Die vorformulierte Klausel in einem Kaufvertrag über einen Kommanditanteil an einer Fondsgesellschaft „Für Umstände, die die Kommanditistenhaftung vor dem Stichtag begründen, steht der Verkäufer ein, für Umstände, die die Kommanditistenhaftung ab dem Stichtag begründen, steht der Käufer ein. Die Parteien stellen sich insoweit wechselseitig frei.“ ist nicht klar und verständlich und deshalb gem. § 307 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 BGB unwirksam.**

*(BGH, Urt. v. 26.3.2019, Az. II ZR 413/18, WM 2019, S. 965 ff.)*

Der hier vorliegende Rechtsstreit zur Wirksamkeit einer Klausel in einem Kaufvertrag über einen Kommanditanteil im Zweitmarktgeschäft gab dem BGH die Gelegenheit, sowohl zum vertraglichen als auch gesetzlichen Freistellungsanspruch des Neukommanditisten gegen den Altkommanditisten Stellung zu nehmen.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft, die gewerblich mit Geschäftsanteilen handelt. Mit Vertrag vom 26.8.2008 verkaufte der Beklagte seinen Kommanditanteil an einem Schiffsfonds im Nennwert von 900.000 €, den er als im Handelsregister eingetragener Direktkommanditist hielt. Nach Nr. 5 S. 1 des Kaufvertrags war „*Stichtag für die wirtschaftliche Wirkung des Verkaufs und der Übertragung ... der 1.8.2008 (nachstehend 'Stichtag')*“.

Nr. 2 des Vertrags verwies auf die von der Klägerin verwendeten umseitig abgedruckten Allgemeinen Vertragsbedingungen, die in § 3 folgende Regelung enthielten:

*„§ 3 Stichtag, Abgrenzung, Kommanditistenhaftung*

*3.1 Da die dingliche Wirkung der Übertragung nicht zum Stichtag, sondern erst zum Übertragungszeitpunkt eintritt (vgl. § 5), werden sich die Parteien im Innenverhältnis so stellen, wie sie stehen würden, wäre die dingliche Wirkung zum Stichtag eingetreten.*

*3.2 Insbesondere, ohne Einschränkung des allgemeinen Grundsatzes nach vorstehendem Absatz soll Folgendes gelten:*

*a) ...*

*b) Die Parteien sind verpflichtet, im Innenverhältnis Lasten aus der Kommanditistenhaftung nach §§ 171 ff. HGB nach Maßgabe dieser Stichtagsabgrenzung zu tragen. Für Umstände, die die Kommanditistenhaftung vor dem Stichtag begründen, steht der Verkäufer ein, für Umstände, die die Kommanditistenhaftung ab dem Stichtag begründen, steht der Käufer ein. Die Parteien stellen sich insoweit wechselseitig frei.*

*c) Für Umstände, die zur Verpflichtung eines Kommanditisten zu Leistungen in das Vermögen der Fondsgesellschaft führen, gelten Sätze 2 und 3 des vorstehenden § 3.2 Buchst. b entsprechend.“*

Das Ausscheiden des Beklagten aus der Kommanditgesellschaft wurde am 17.3.2009 in das Handelsregister eingetragen.

Am 19.4.2014 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Kommanditgesellschaft eröffnet. In 2015 forderte der Insolvenzverwalter die Klägerin unter Berufung auf §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB zur Rückzahlung der Ausschüttungen auf die von dem Beklagten erworbene Beteiligung auf.

Die Klägerin nahm daraufhin den Beklagten auf Freistellung durch Zahlung des geforderten Betrages an den Insolvenzverwalter in Anspruch. Das LG Wuppertal hatte in erster Instanz (Urt.

»

v. 7.2.2017) dem Zahlungsantrag stattgegeben; das OLG Düsseldorf (Urt. v. 2.2.2018, ZInsO 2019,737) als Berufungsgericht die Klage hingegen insgesamt abgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Nach Auffassung des BGH steht der Klägerin aus § 3.2.b ihrer Allgemeinen Vertragsbedingungen (nachfolgend „AGB“) gegen den Beklagten kein vertraglicher Freistellungsanspruch zu, denn diese Klausel sei wegen Intransparenz gem. § 307 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 BGB unwirksam. Um dem Transparenzgebot zu genügen muss eine Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen für einen durchschnittlichen Vertragspartner so weit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Im vorliegenden Fall aber ist die vertraglich vereinbarte Aufteilung der Kommanditistenhaftung nicht ausreichend klar und durchschaubar geregelt, denn die in der Klausel genannten „Umstände“, die die Kommanditistenhaftung vor bzw. ab dem definierten Stichtag „begründen“ sollen, sind nicht hinreichend bestimmt. Die daraus folgenden wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen lassen sich für einen durchschnittlichen Vertragspartner der Klägerin nicht genügend erkennen und einschätzen. Das gilt schon für die Regelung in § 3.2.b AGB für sich genommen, erst recht aber in einer Gesamtschau mit den übrigen Regelungen in § 3 AGB. Der Begriff der haftungsbegründenden Umstände in § 3.2.b AGB kann nämlich auch dahingehend zu verstehen sein, dass nicht nur eine haftungsschädliche Auszahlung i.S.v. § 172 Abs. 4 HGB vor dem Ausscheiden an den Beklagten erfolgt sein muss, sondern auch die weiteren Voraussetzungen des § 160 HGB erfüllt sein müssen. Ohne vertragliche Regelung würde der Beklagte als Altkommanditist im Außenverhältnis gem. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4, 160, 161 Abs. 2 HGB nur für die bis zur Anteilsübertragung begründeten Altverbindlichkeiten der Gesellschaft zeitlich begrenzt durch die fünfjährige Ausschlussfrist des § 160 HGB haften, soweit die Kommanditeinlage im Zeitpunkt der Übertragung noch nicht erbracht oder zurückbezahlt worden war.

Zwar könnte sich der seitens der Klägerin geltend gemachte Freistellungsanspruch auch aus § 426 Abs. 1 BGB ergeben, soweit der Beklagte gesamtschuldnerisch mit der Klägerin für die vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Forderungen einzustehen hat. Denn Alt- und Neukommanditist haften gesamtschuldnerisch bis zur Höhe der eingetragenen Haftsumme gem. §§ 173 Abs. 1, 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB, soweit die Kommanditeinlage im Zeitpunkt der Übertragung noch nicht erbracht oder zurückbezahlt worden ist, wobei die gesetzliche Haftung des Altkommanditisten auf Gesellschaftsverbindlichkeiten beschränkt ist, die bis zu seinem Ausscheiden begründet worden sind und er auch nicht die fünfjährige Ausschlussfrist des § 160 HGB geltend machen kann. Insoweit hätte der Klägerin möglicherweise auch ein gesetzlicher Freistellungsanspruch zugestanden. Allerdings hat die hierfür darlegungs- und beweispflichtige Klägerin eine solche berechtigte gesamtschuldnerische Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter nach §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB nicht hinreichend in Bezug auf Entstehen und Fälligkeit der Forderungen der Insolvenzgläubiger dargetan.

Mit seinem Urteil bestätigt der BGH seine Anforderungen an die Transparenz von AGB-Klauseln auch in Verträgen über den Erwerb von Gesellschaftsanteilen, hier konkret zu der Haftungsverteilung beim Erwerb eines Kommanditanteils im Wege eines Zweitmarktgeschäfts in Bezug auf das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4, 160, 161 Abs. 2 HGB. Eine solche Kommanditistenhaftung tritt bei geschlossenen Fonds (im entschiedenen Fall einem Schiffsfonds) regelmäßig dann auf, wenn der Anleger Ausschüttungen erhält, ohne dass diesen Ausschüttungen tatsächlich ausschüttungsfähige Gewinne gegenüberstehen, sondern diese alleine aus der freien Liquidität der Fondsgesellschaft erfolgen.

**Thomas Diehl, UniCredit Bank AG**

## Insolvenzanfechtung – Gesellschafterdarlehen

**Die in der Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens liegende Gläubigerbenachteiligung wird nicht beseitigt, indem der Gesellschafter die empfangenen Darlehensmittel zwecks Erfüllung einer von ihm übernommenen Kommanditeinlagepflicht an die Muttergesellschaft der Schuldnerin weiterleitet, welche der Schuldnerin anschließend Gelder in gleicher Höhe auf der Grundlage einer von ihr übernommenen Verlustausgleichspflicht zur Verfügung stellt.**

*(BGH, Urt. v. 2.5.2019, Az. IX ZR 67/18, ZIP 2019, S. 1128 ff.)*

Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der P GmbH (Schuldnerin). Der Beklagte war Geschäftsführer der Schuldnerin sowie alleiniger Kommanditist und Alleingesellschafter und -geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Muttergesellschaft (P GmbH & Co. KG) der Schuldnerin. Er hatte der Schuldnerin ein Darlehen gewährt, welches diese binnen Jahresfrist vor Insolvenzantragstellung zurückzahlte. Nach Erhalt der Mittel entrichtete der Beklagte am selben Tag jenen Betrag als Kommanditeinlage an die Muttergesellschaft, die ihrerseits unmittelbar nachfolgend eine Verlustausgleichszahlung in nämlicher Höhe an die Schuldnerin erbrachte. Der Kläger nimmt den Beklagten auf Rückgewähr des zurückgezahlten Gesellschafterdarlehens gem. § 135 Abs. 1 S. 2 InsO in Anspruch.

Der Senat erachtet die Klage als begründet. Der Beklagte sei zwar im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht selbst Gesellschafter der Schuldnerin. Kredithilfen eines Gesellschafter-Gesellschafters, also desjenigen, der an dem Gesellschaft der Gesellschaft beteiligt ist und aufgrund einer qualifizierten Anteilsmehrheit einen beherrschenden Einfluss auf diese ausüben kann, würden einer Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen und von § 39 Abs. 1 Nr.5, § 135 Abs. 1 InsO erfasst.

Auch die weiteren Voraussetzungen des § 135 Abs. 1 InsO (Rückzahlung im letzten Jahr vor Insolvenzantragstellung und Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 129 InsO) seien gegeben. Zwar

könne eine zunächst eingetretene Gläubigerbenachteiligung dadurch wieder behoben werden, dass der Anfechtungsgegner den anfechtbaren Gegenstand oder dessen vollen Wert in das Vermögen des Schuldners zurückführe. Dies erfordere aber, dass die entsprechende Rückführung eindeutig zu dem Zweck erfolge, dem Schuldner den entzogenen Vermögenswert wiederzugeben und damit die Verkürzung der Insolvenzmasse ungeschehen zu machen. An einer zweckgerichteten Verhinderung der Entstehung bzw. vorweggenommenen Erfüllung eines insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruches fehle es vorliegend. Der Beklagte habe den an ihn zurückgeführten Darlehensbetrag nicht erneut der Schuldnerin zur Verfügung gestellt. Vielmehr habe er den erhaltenen Betrag zum Zweck der Tilgung seiner Kommanditeinlagenschuld deren Muttergesellschaft zugewendet. Ebenso wenig habe die nachfolgende Zahlung der Muttergesellschaft an die Schuldnerin die Gläubigerbenachteiligung beseitigt. Die Voraussetzungen einer mittelbaren Zuwendung durch den Beklagten fehlten, weil die Muttergesellschaft nicht auf Weisung des Beklagten tätig geworden und zudem mit der Zahlung eine eigene Verbindlichkeit der Muttergesellschaft aus deren Verlustdeckungshaftung getilgt worden sei.

**Patricia Berger, UniCredit Bank AG**

## Derivate – Aufklärungspflicht über anfänglich negativen Marktwert bei Swaps – Konnexität von Darlehen und Zinssatz-Swap-Vertrag bei nicht taggleich abgeschlossenen Darlehensvertrag

**Konnexität liegt auch dann vor, wenn bei Abschluss des Zinssatz-Swap-Vertrages der Abschluss eines Darlehensvertrages, der auch im Übrigen den inhaltlichen Anforderungen an die Konnexität entspricht, bereits von den Parteien so konkret in Aussicht genommen worden ist, dass die wesentlichen Bedingungen des Darlehensvertrages bereits feststehen und die Parteien durch den nachfolgenden Abschluss des Darlehensvertrages die Wirkung eines synthetischen Darlehens erzeugen.**

*(BGH Beschl. v. 12.3.2019, Az. XI ZR 38/17, WM 2019, S. 920 ff.)*

Der Kläger ist Immobilienentwickler und plante im Jahr 2005 mehrere Umwandlungen von in seinem Eigentum und im Eigentum seiner Mutter stehenden Anwesen in Eigentumswohnungen. Aus diesem Grund schloss er mit der beklagten Bank im Oktober 2005 je einen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte im eigenen Namen und im Namen seiner Mutter ab. Darüber hinaus schloss er im eigenen Namen am 18. Oktober 2005 bei der Beklagten einen Payer-Swap mit einer Laufzeit vom 30.11.2005 bis zum 30.11.2015 ab. Die Beklagte verpflichtete sich auf einen Bezugsbetrag in Höhe von 566.000 € vierteljährlich den 3-Monats-EURIBOR zu zahlen, während der Kläger sich zur vierteljährlichen Zahlung von 3,46 % p. a. Zinsen auf denselben Bezugsbetrag verpflichtete. Der Bezugsbetrag sollte sich vierteljährlich um 7.100 € vermindern. Außerdem schloss der Kläger ebenso am 18. Oktober 2005 im Namen seiner Mutter einen weiteren Payer-Swap-Vertrag mit einer Laufzeit vom 31.10.2005 bis zum 30.10.2015 und einem anfänglichen Bezugsbetrag in Höhe von 817.000 € ab. Auch hier verpflichtete sich die Bank zur vierteljährlichen Zahlung des 3-Monats-EURIBORS auf den Bezugsbetrag und die Mutter zur vierteljährlichen Zahlung von 3,45 % p. a. Zinsen, ebenso auf den Bezugsbetrag. Der Bezugsbetrag reduzierte sich vierteljährlich um 10.249 €.

Am 9./10.11.2005 schloss der Kläger mit der Beklagten einen Darlehensvertrag über einen Nominalbetrag von 566.000 € mit variablen Zinssatz in Höhe des 3-Monats-EURIBOR zuzüglich eines Aufschlags von 0,87 % p. a., einer vierteljährlichen Tilgung in Höhe von 7.100 € und einer Laufzeit bis zum 30.11.2015. Namens seiner Mutter schloss der Kläger mit der Beklagten am 31.10./10.11.2005 ebenso einen Darlehensvertrag, bzw. vereinbarte mit Wirkung zum 31.10.2005 eine Konditionenänderung über ein Darlehen mit einem Nominalbetrag von 817.000 €, einem variablen Zinssatz in Höhe des 3-Monats-EURIBOR zuzüglich eines Aufschlags von 0,87% p. a., einer vierteljährlichen Tilgung in Höhe von 10.249 € und einer Laufzeit bis zum 30.10.2015. Der Kläger beerbte seine Mutter nach deren Tod im Jahre 2006.

Der Kläger erhob Klage auf Zahlung und Freistellung von Zahlungsverpflichtungen aus den beiden Swap-Verträgen wegen angeblich fehlerhafter Beratung. Er rügt, dass nicht über den anfänglich negativen Marktwert aufgeklärt worden sei. Das LG München I hat die Klage abgewiesen, das OLG München die Berufung des Klägers durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, woraufhin der Kläger Nichtzulassungsbeschwerde zum

»

BGH erhoben hat. Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 12.3.2019 und folgender Begründung zurückgewiesen.

Das Berufungsgericht habe im Einklang mit der Senatsrechtsprechung erkannt, dass die Beklagte vorliegend nicht verpflichtet gewesen sei, den Kläger über den anfänglich negativen Marktwert der Swap-Verträge aufzuklären, da die nachfolgend abgeschlossenen Darlehensverträge konnexe Grundgeschäfte im Sinne der BGH-Rechtsprechung darstellten.

Nach der Rechtsprechung des Senats müsse über den anfänglich negativen Marktwert ausnahmsweise dann nicht aufgeklärt werden, wenn es den Parteien bei der im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausschließlich darum gehe, die Parameter eines konkreten Kreditverhältnisses abzuändern, mithin zumindest partiell entweder ein variabel verzinsliches Darlehen als konnexes Grundgeschäft in ein synthetisches Festzinsdarlehen oder ein Festzinssatzdarlehen in ein synthetisches variabel verzinsliches Darlehen umzuwandeln (vgl. Senatsurteile vom 28. April 2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 42 und vom 22. März 2016 – XI ZR 425/14, WM 2016, 821

Rn. 28). Ein konnexes Grundgeschäft ist dann gegeben, wenn der Zinssatz-Swap-Vertrag einen bei der beratenden Bank unterhaltenen, bestehenden oder zeitgleich abgeschlossenen Darlehensvertrag und dessen Bedingungen abändert. Daraus folge aber nicht, dass der Darlehensvertrag taggleich mit dem Swap abgeschlossen werden müsse. Es genüge, wenn wie vorliegend bei Abschluss des Swaps der Abschluss des Darlehens, der auch im Übrigen den inhaltlichen Anforderungen an die Konnexität entspricht (vgl. dazu Senatsurteile vom 28. April 2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 43 und vom 22. März 2016 – XI ZR 425/14, WM 2016, 821 Rn. 28), bereits von den Parteien so konkret in Aussicht genommen worden sei, dass die wesentlichen Bedingungen des Darlehensvertrages bereits feststünden und die Parteien durch den nachfolgenden Abschluss des Darlehensvertrages die Wirkung eines synthetischen Festzinssatzdarlehens erzeugten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stand vorliegend von vornherein fest, dass die angedachten EURIBOR-Darlehen durch Swap-Verträge abgesichert werden sollten, was sich auch die jeweiligen, stimmigen Vertragskonditionen widerspiegeln.

**Martina Kern, UniCredit Bank AG**

### Webinar

## „Künstliche Intelligenzen im Bankenumfeld – Möglichkeiten und juristische Grenzen“

am 26. September 2019 von 10 Uhr bis 12 Uhr

### Information und Anmeldung:

Stefan Lödorf | 0221/5490-133 | [events@bank-verlag.de](mailto:events@bank-verlag.de)  
Bank-Verlag GmbH | Wendelinstraße 1 | 50933 Köln



## Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Anlageberatung bei einer Fondszeichnung – Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist

**Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen eines Anlegers wegen Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an einer Fondsgesellschaft gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB beginnt nicht bereits mit dem Zugang seines Beitrittsangebots bei der Fondsgesellschaft, sondern frühestens mit dem Zustandekommen des Beteiligungsvertrags.**

*(BGH, Urt. v. 21.5.2019, Az. II ZR 340/18, NJW 2019, S. 2461 ff.)*

Der Kläger unterzeichnete am 20.3.2005 eine Beitrittserklärung zu einer Fondsgesellschaft. Die Beklagten zu 1 und zu 2 sind Gründungskommanditistinnen der Fondsgesellschaft, die Beklagte zu 2 darüber hinaus Treuhandkommanditistin. Die Unterzeichnung der Beitrittserklärung erfolgte unter Anwesenheit einer Mitarbeiterin der vormaligen Beklagten zu 3, die die Anlage vermittelt und die Legitimitätsprüfung durchgeführt hatte. Das Beteiligungsangebot des Klägers wurde von der Beklagten zu 2 am 13.4.2005 angenommen.

Am 13.4.2015 beantragte der Kläger bei einer staatlich anerkannten Gütestelle die Durchführung eines auf Schadensersatz gerichteten Güteverfahrens gegen die Beklagten. Dieses wurde mit Schreiben vom 22.5.2015 für erfolglos beendet erklärt, da die Antragsgegner mit der Durchführung eines Güteverfahrens nicht einverstanden waren. Am 23.11.2015, einem Montag, legte der Kläger gegen die Beklagten eine auf Schadensersatz wegen Aufklärungspflichtverletzungen bei Erwerb der Fondsbeteiligung gerichtete Klage beim LG Hamburg ein. Die Klage gegen die Beklagte zu 3 hat der Kläger nach Abschluss eines Teilvergleiches mit dieser für erledigt erklärt. Das LG Hamburg wies die Klagen gegen die Beklagten zu 1 und zu 2 ab und auch die Berufung des Klägers vor dem OLG Hamburg hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgte der Kläger seine Ansprüche weiter. Der BGH hob das angefochtene Urteil auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück.

Das Berufungsgericht hatte seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass etwaige Ersatzansprüche des Klägers jedenfalls wegen Ablaufs der zehnjährigen Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB bereits vor dem 13.04.2005 verjährt gewesen seien. Eine Hemmung der Verjährung hätte daher weder durch das Güteverfahren noch durch die spätere Klage noch erreicht werden können. Für den Beginn der Verjährung nach § 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB sei auf den Zeitpunkt der Zeichnung der Beteiligung durch den Anleger abzustellen. Dies sei der Zeitpunkt, in dem die Beitrittserklärung der Fondsgesellschaft zugehe, und nicht erst der Zeitpunkt, in dem die Fondsgesellschaft seine Beitrittserklärung annehme. Ein Anspruch sei entstanden i.S.v. § 199 BGB, wenn er erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden könne, wobei die Möglichkeit einer Stufen- oder Feststellungsklage ausreiche. Schadensersatzansprüche seien demnach mit Schadenseintritt entstanden. Bei Erwerb einer Fondsbeteiligung trete der Schaden bereits mit dem Zugang der Beitrittserklärung des Anlegers bei der Fondsgesellschaft ein, weil der Anleger den Erwerb der Anlage dann nicht mehr einseitig verhindern könne, sondern nach § 145 BGB für die Dauer der Annahmefrist an seine Erklärung gebunden sei. Zugleich müsse er davon ausgehen, dass der Erwerb sicher erfolgen werde, weil die Fondsgesellschaft die Annahme ausschließlich von Bedingungen wie der Liquidität und Identität des Anlegers abhängig mache, deren Vorliegen bereits bei Abgabe der Beitrittserklärung über-

»

prüft worden seien. Bei einem solchen Rechtsverhältnis sei dem Anleger ein Zuwarten mit der Erhebung der Feststellungsklage auf den unwiderruflichen und vollzogenen Erwerb der Anlage nicht zumutbar. Bei dem vorliegenden Fall sei von einem Zugang des Beitrittsangebots des Klägers bei der Fondsgesellschaft jedenfalls noch im Monat März 2005 auszugehen, so dass bereits vor Einleitung des Güteverfahrens am 13.4.2015 Verjährung eingetreten sei.

Diesen Ausführungen widersprach der II. Senat des BGH in der Revisionsinstanz. So beginne die Verjährung von Schadenersatzansprüchen eines Anlegers wegen Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen bei Erwerb einer Fondsbeteiligung nicht schon mit dem Zugang des Beitrittsangebots des Anlegers bei der Fondsgesellschaft, sondern frühestens mit dem Zustandekommen des Beteiligungsvertrages.

Zwar habe das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass ein Anspruch im Sinne von § 199 BGB dann entstanden sei, sobald er vom Geschädigten erstmals geltend gemacht und notfalls im Klagewege durchgesetzt werden könne. Hierbei genüge es nach ständiger Rechtsprechung, dass der Anspruch dem Grunde nach entstanden sei und damit im Wege einer Feststellungs- oder Stufenklage geltend gemacht werden könne. Der für den Verjährungsbeginn maßgebliche Eintritt eines Schadens setze regelmäßig voraus, dass es zu einer konkreten Verschlechterung der Vermögenslage des Gläubigers gekommen sei, wohingegen der Eintritt einer (nur) risikobehafteten Situation nicht ausreiche. Ist noch offen, ob ein pflichtwidriges, mit einem Risiko behaftetes Verhalten zu einem Schaden führe, sei die Voraussetzung des Entstehens eines Anspruches nicht erfüllt. Der auf einer Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzung beruhende Erwerb einer für den Anleger nachteiligen, weil seinen Anlagezielen und Vermögensinteressen nicht entsprechenden Kapitalanlage könne nach ständiger Rechtsprechung bei der gebotenen wertenden Betrachtung ohne Rücksicht auf die objektive Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung für sich genommen einen Vermögensschaden darstellen. Ausgehend davon entstehe der Schadenersatzanspruch eines Anlegers im Zusammenhang mit der Beteiligung an einem Fonds auf Grundlage einer feh-

lerhaften Beratung frühestens mit dem Abschluss des Beteiligungsvertrages – und zwar nach der ständigen Rechtsprechung sowohl des III., IV. als auch XI. Senats des BGH. Letzterer sei lediglich dahingehend abweichend vom III. und IV. Senat der Ansicht, als dass der schuldrechtliche Beteiligungsvertrag noch nicht unwiderruflich oder vollzogen sein müsse.

Sodann begründet der hier urteilende II. Senat, warum er auch in der vorliegenden Konstellation keinen Anlass sieht, auf einen früheren Zeitpunkt als den Vertragsschluss abzustellen, damit, dass trotz der Bindung des Anlegers an seinen Antrag gemäß § 145 BGB das Zustandekommen seines Beteiligungserwerbs und die erst damit einhergehende objektive Veränderung seiner Vermögenslage immer noch von der Annahme seines Vertragsangebots abhängen. Daran ändere auch das Vertriebskonzept des Fonds nichts, das ein Massengeschäft darstelle, so dass regelmäßig mit einer Annahme des Beteiligungsangebots zu rechnen sei. Denn bis zu dieser Annahme durch den Fonds bestehe nur eine – wenn auch gesteigerte – Gefährdungslage für die Vermögensinteressen des Anlegers, die sich noch nicht in einer konkreten objektiven Verschlechterung realisiert habe. Allein die erhebliche Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts reiche für eine Gleichsetzung mit dem bereits entstandenen Schaden nicht aus.

Dementsprechend könne vorliegend eine Verjährung etwaiger Ansprüche des Klägers gemäß § 199 III S. 1 Nr. BGB derzeit nicht bejaht werden, da der Beteiligungsvertrag frühestens am 13.4.2005 mit der Annahme des Beitrittsangebots durch die Beklagte zu 2 zustande gekommen sei. Die zehnjährige Verjährungsfrist habe folglich frühestens am 13.4.2015 begonnen, so dass der Güteantrag am 13.4.2015 gemäß §§ 188 II, 187 I BGB am letzten Tag der zehnjährigen Verjährungsfrist eingereicht worden sei und die Verjährung nach § 204 I Nr. 4 BGB hemmen konnte. Bei einer im Übrigen wirksamen Verjährungshemmung habe diese frühestens sechs Monate nach der Einstellung des Güteverfahrens geendet, mithin am 22.11.2015. Da dies ein Sonntag war, konnte gemäß § 193 BGB die am 23.11.2015 eingereichte Klage die Verjährung wiederum nach § 204 I Nr. 1 BGB hemmen.

**Martina Kern, UniCredit Bank AG**