



Banken-Times SPEZIAL BANKRECHT · Januar & Februar 2013

Finanz Colloquium Heidelberg  
in Kooperation mit:

Thümmel, Schütze & Partner  
Rechtsanwälte  
Urbanstraße 7, 70182 Stuttgart  
eMail: [herve.edelmann@tsp-law.com](mailto:herve.edelmann@tsp-law.com)  
Web: [www.tsp-law.com](http://www.tsp-law.com)



Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

TSP

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir freuen uns, Ihnen heute eine weitere Ausgabe unserer **Banken-Times SPEZIAL BANKRECHT** übersenden zu können.

Wenn Ihre Kollegen/innen ebenfalls von diesen aktuellen Informationen profitieren möchten, senden Sie uns bitte eine E-Mail mit deren Daten. Falls Sie Links nicht benutzen können oder sonstige Probleme mit der Darstellung haben, senden wir Ihnen die Daten auch gerne als Datei; bitte informieren Sie uns ggf. per Mail oder Telefon. Falls Sie die Banken-Times SPEZIAL BANKRECHT künftig nicht mehr erhalten möchten, senden Sie uns einfach eine Mail. Sie können diese Ausgabe auch [HIER](#) als PDF herunterladen. Sie können weitere interessante Ausgaben der unterschiedlichen Banken-Times SPEZIAL oder die Banken-Times Printausgabe kostenlos unter [info@FC-Heidelberg.de](mailto:info@FC-Heidelberg.de) abonnieren.

Viel Spaß beim LESEN!

Mit den besten Grüßen,  
Dr. Hervé Edelmann, Rechtsanwalt, Thümmel Schütze & Partner, Stuttgart  
Christine Glemser, Rechtsanwältin und Bereichsleiterin Bankrecht, Finanz Colloquium Heidelberg

## **BGH-Urteile vom 27.11.2012, Az.: XI ZR 384/11 u. XI ZR 439/11**

In diesen beiden Entscheidungen folgte der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs der bereits vom Oberlandesgericht Düsseldorf im Urteil vom 22.07.2011, Az.: I-17 U 117/10 sowie dem Oberlandesgericht Karlsruhe im Urteil vom 13.09.2011, Az.: 17 U 104/10, vertretenen Auffassung, wonach das Widerrufsrecht solcher im Fernabsatz erworbener Zertifikate nach § 312 d Abs. 4 Nr. 6 BGB ausgeschlossen ist (so auch OLG Karlsruhe, Urteil v. 08.05.2012, Az.: 17 U 82/11, WM 2012, 1860).

Ob der Bundesgerichtshof entsprechend der vom OLG Karlsruhe in vorstehendem Urteil vom 13.09.2011 vertretenen Auffassung (WM 2012, 1213, 1216) gefolgt ist, wonach das Widerrufsrecht auch gemäß § 312 d Abs. 3 Nr. 1 BGB wegen vollständiger beiderseitiger Erfüllung ebenfalls ausgeschlossen ist, ergab sich aus der Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs bisher nicht.

---

## **Kein Hinweis auf Totalverlustrisiko bei geschlossenen Immobilienfonds/Verjährung sog. Kick-back Ansprüche**

### **BGH-Urteil vom 11.09.2012, Az.: XI ZR 363/10, BKR 2012, 513**

In dieser Entscheidung erinnert der Senat in Rn. 13 zunächst daran, dass auf das Totalverlustrisiko bei einem Immobilienfonds grundsätzlich nicht gesondert hingewiesen werden muss, es sei denn, besondere Gefahr erhöhende Umstände liegen vor.

Sodann verdeutlicht der Bundesgerichtshof nochmals, dass es sich auch dann um aufklärungspflichtige Rückvergütungen handelt, wenn die Provision aus offen ausgewiesenen Vertriebskosten fließt und dass es bei der Qualifizierung als Rückvergütung nicht darauf ankommt, ob die Zahlung des Anlegers „über die Bank“ oder direkt an die Fondsgesellschaft erfolgt.

Zwar lässt der Bundesgerichtshof schließlich die Frage offen, ob etwaig geltend gemachte Ansprüche verjährt sind. Ungeachtet dessen sind seine Verweise in Rn. 21 von wesentlicher Bedeutung. Denn aus den dort zitierten Entscheidungen ergibt sich hinsichtlich solcher Ansprüche, die auf unzureichender Aufklärung über sog. Rückvergütungen gestützt werden, dass die Verjährung aufgrund Kenntnis sämtlicher den Anspruch begründenden Umstände bereits dann zu laufen beginnt, wenn dem Anleger das generelle Provisionsinteresse des Beraters, z.B. durch Verhandeln über die Erstattung eines Teils des Agios oder über die Auszahlung eines Teils der Vertriebsprovision, bekannt ist. Die Kenntnis über die konkrete Höhe der Rückvergütung ist demgegenüber für den Verjährungsbeginn unmaßgeblich (so OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.12.2010, Az.: I-6 U 30/10, BeckRs 2011, 02541, S. 7, bestätigt durch BGH-Beschluss vom 26.01.2012, Az.: III ZR 8/11; OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.08.2011, Az.: 7 U 4/11, BeckRs 2012, 14662, S. 3 f.=WM 2012, 2245, bestätigt durch BGH-Beschluss vom 03.04.2012, Az.: XI ZR 383/11; LG Frankfurt, Urteil vom 27.11.2012, Az.: 2-O 7 O 341/11, S. 9).

### **Praxishinweis:**

Für die Praxis empfiehlt es sich daher auch in Fällen der Rückvergütung bei Kenntnis des Anlegers vom generellen Provisionsinteresse der Bank die Verjährungseinrede unter Hinweis auf vorstehende Entscheidungen zu erheben.

---

## Reichweite der Substantiierungslast des Kapitalanlegers

**OLG Karlsruhe, Urteil vom 08.05.2012, Az.: 17 U 82/11, WM 2012, 1860**

In vorstehender Entscheidung bestätigt das OLG Karlsruhe zwar den Grundsatz, wonach dann, wenn sich der Anleger im Rahmen einer Aufklärungspflichtverletzung des Bankberaters auf ein vorsätzliches Verschulden des Mitarbeiters oder eines Vorstandsmitgliedes beruft, der Berater bzw. die Bank beweisen muss, dass kein Vorsatz vorliegt. Allerdings hält das Oberlandesgericht Karlsruhe auch fest, dass der Kapitalanleger zunächst verpflichtet ist, substantiiert darzulegen und vorzutragen, aus welchem konkreten Umstand sich für den Anlageberater auch in Bezug auf das konkret betroffene Produkt eine Aufklärungspflicht ergeben hat und dass der Anlageberater die Aufklärung in Kenntnis seiner Aufklärungspflicht vorsätzlich unterlassen hat.

### **Praxishinweis:**

Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen des OLG Karlsruhe sollten bei entsprechend unsubstantiiertem Vortrag des Kapitalanlegers in Bezug auf eine Verletzung der Kick-back-Aufklärungspflicht unter Hinweis auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe die Gerichte darauf hingewiesen werden, dass allein ein diesbezüglicher unsubstantiiertes Vortrag des Kapitalanlegers nicht ausreicht, er vielmehr zunächst substantiiert darlegen muss, dass und aus welchen Gründen der Anlageberater eine Aufklärung in Kenntnis seiner Aufklärungspflicht vorsätzlich unterlassen hat.

---

## Anforderungen an die Widerlegung des Vorsatzes

**OLG Stuttgart, Urteil vom 10.10.2012, Az.: 9 U 87/12, BeckRS 2012, 2264 J**

Ausgehend davon, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Schuldner die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen trifft, die den Verjährungseintritt gemäß § 37 a WpHG a.F. begründen, hält das Oberlandesgericht Stuttgart fest, dass jedenfalls bei einfachen Aufklärungs- oder Beratungsfehlern ohne entgegenstehende Indizien der Vorsatz regelmäßig ausgeschlossen ist, weswegen bei solchen einfachen Aufklärungs- oder Beratungsfehlern auch ohne Beweisaufnahme der fehlende Vorsatz festgestellt werden kann. Etwas anderes soll nur bei offensichtlichen oder groben Aufklärungs- oder Beratungsfehlern gelten. Solche liegen nach Auffassung des OLG Stuttgart dann vor, wenn sich der Berater über Gesetzesvorschriften oder Richtlinien hinweggesetzt oder das Produkt abweichend zu wesentlichen Angaben im Kurzprospekt oder der Produktinformation dargestellt oder beworben hat. In einem solchen Fall müsse das Kreditinstitut substantiiert darlegen und beweisen, dass und aus welchen Gründen beispielsweise die beratende Bank trotz Nichtbeachtung von Gesetzesvorschriften oder Richtlinien kein Vorsatz trifft (zur Ablehnung des Vorsatzes der Bank i.Z.m. § 37 a WpHG a.F. vgl. Banken-Times SPEZIAL Bankrecht Nov./Dez. 2012).

Was die Aufklärung über Rückvergütungen anbelangt, vertritt das OLG Stuttgart die Auffassung, dass die Aufklärungspflicht davon abhängt, ob die Bank mit dem Kunden einen Kaufvertrag oder aber ein Kommissionsgeschäft abgeschlossen hat.

### **Praxishinweis:**

Ob letztere, vom OLG Stuttgart vorgenommene Abgrenzung zwischen Kaufvertrag und Kommissionsgeschäft für die Begründung einer Aufklärungspflicht in Bezug auf Rückvergütungen mit der vom Bundesgerichtshof in seinen Lehman-Urteilen vom 26.06.2012 und vom 16.10.2012 (vgl. hierzu Banken-Times SPEZIAL Bankrecht Ausgabe Nov./Dez. sowie Sept./Okt. 2012) vertretenen Auffassung zu vereinbaren ist, ist zumindest zweifelhaft. Denn der Bundesgerichtshof hat beispielsweise in seiner Entscheidung vom 26.06.2012, Az.: XI ZR 316/11, in Rn. 35 ausdrücklich festgehalten, dass selbst bei Vorliegen eines Kommissionsgeschäftes über von der Emittentin an die beratende Bank gezahlte Provisionen dann nicht aufzuklären ist, wenn beispielsweise entsprechend der Wertpapierabrechnung das Zertifikat zu einem fest vereinbarten Kaufpreis ohne Ausweisung von offenen Positionen gekauft wurde (so z.B. BGH Urteil v. 16.10.2012, Az.: XI ZR 367/11, Rn. 32 u. 35).

---

## Rückwirkung von Rechtsprechungsänderungen

### **BVerfG-Beschluss vom 18.10.2012, Az.: 1 BvR 2366/11, WM 2012, 2273**

In dieser Entscheidung bestätigt das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach Gesellschafter eines Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für vor ihrem Beitritt aufgenommene Gesellschaftsdarlehen gemäß §§ 128, 130 HGB analog dann haften, wenn die Altverbindlichkeiten für den einzelnen Kapitalanleger erkennbar waren und sie mit einer solchen Haftung rechnen mussten.

In diesem Zusammenhang hält das Bundesverfassungsgericht zudem fest, dass die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich ist, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. Zudem meint das Bundesverfassungsgericht, dass, soweit durch eine gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand in der Vergangenheit begründet wurde, diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder durch Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden kann.

---

## Haftung für fehlerhaften Prospekt

### **BGH-Urteil vom 18.09.2012, Az.: XI ZR 344/11, BB 2012, 2906**

In dieser Entscheidung hält der BGH zunächst fest, dass auch im Rahmen von § 13 VerkProspG a.F. auf die im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann (Rn. 24). Insofern müsse auch der Verkaufsprospekt alle für die Beurteilung der Wertpapiere wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse möglichst zeitnah darstellen, wobei als wesentlich i.S.v. § 13 Abs. 1 VerkProspG a.F. solche Angaben anzusehen sind, die ein Anleger „eher als nicht“ bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde.

Sodann bestätigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung, wonach bei der Beantwortung der Frage, ob ein Prospekt unrichtig oder unvollständig ist, auf die Kenntnisse und Erfahrungen eines durchschnittlichen Anlegers abzustellen ist, der als Adressat des Prospektes in Betracht kommt (Rn. 25). Wendet sich daher der Emittent ausdrücklich „auch“ an das unkundige und börsenerfahrene Publikum, so bestimmt sich der Empfängerhorizont für Prospekterklärungen nach den Fähigkeiten und

Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen (Klein-)Anlegers, der sich allein anhand der Prospektangaben über die Kapitalanlage informiert und über keinerlei Spezialkenntnisse verfügt.

Wohl diesem Umstand ist es auch geschuldet, dass der BGH in vorstehender Entscheidung darüber hinaus festhält, dass zu den wesentlichen aufklärungspflichtigen Verhältnissen auch die Möglichkeit der Erteilung nachteiliger Weisungen durch eine beherrschende Konzernmuttergesellschaft an eine beherrschte Konzerntochtergesellschaft und die damit verbundene – erhöhte – Gefahr für die Rückzahlung der an die Konzerntochtergesellschaft bezahlten Anlegergelder gehört. Die Tatsache allein, dass sich die entsprechenden nachteiligen Folgen aus § 308 Abs. 1 S. 2 AktG für den Kapitalanleger ergeben, lässt der Bundesgerichtshof nicht ausreichen.

Was wiederum die Prospektverantwortlichkeit der Konzernmutter anbelangt, so scheint es ausweislich der Rn. 39 so zu sein, dass der Bundesgerichtshof das bloße Bestehen eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages sowie die hierdurch bestehende Möglichkeit einer Einflussnahme für ausreichend erachtet, um die Prospektverantwortlichkeit zu bejahen.

---

## SEMINARHINWEISE

[Tagung Bauträgergeschäft](#) am 22.04.2013 in München

[Energieanlagen als Kreditsicherheiten](#) am 23.04.2013 in München

[Praktikerseminar Kreditsicherheiten I](#) am 03.06.2013 in Berlin

[Praktikerseminar Kreditsicherheiten II](#) am 04.06.2013 in Berlin

[Energieanlagen als Kreditsicherheiten](#) am 05.06.2013 in Berlin

[Pfändungsbearbeitung und Pfändungsschutzkonto](#) am 10.06.2013 in Frankfurt/M.

[Auskunftersuchen](#) am 11.06.2013 in Frankfurt/M.

[Vorsorgevollmachten, Betreute, Nachlasskonten](#) am 12.06.2013 in Frankfurt/M.

[Tagung zum Konto- und Zahlungsverkehrsrecht](#) am 13.-14.06.2013 in Frankfurt/M.

[Tagung zum Wertpapierrecht](#) am 17.-18.06.2013 in Frankfurt/M.

[Dokumentationspflichten in der Anlageberatung](#) am 19.06.2013 in Frankfurt/M.

[Anlageberatungshaftung](#) am 24.06.2013 in Köln

[Energieanlagen als Kreditsicherheiten](#) am 25.06.2013 in Köln

[3. ForderungsPraktiker-Tagung](#) am 24.-25.04.2013 in München

[Haftungsfalle Sanierungsgutachten](#) am 03.- 04.06.2013 in Berlin

[Problemimmobilien erfolgreich verwerten](#) am 10.06.2013 in Frankfurt/M.

[Anfechtung: Strategien für Angriff und Verteidigung](#) am 11.06.2013 in Frankfurt/M.

[ESUG: Erfahrungen mit der neuen Insolvenzordnung](#) am 12.06.2013 in Frankfurt/M.

[Konsortialkreditgeschäft und Sicherheitenpools](#) am 13.-14.06.2013 in Frankfurt/M.

[Taktiken in Krisengesprächen](#) am 17.06.2013 in Frankfurt/M.

[Sanierung von Krisenengagements](#) am 18.06.2013 in Frankfurt/M.

[Insolvenz des Firmenkunden](#) am 19.06.2013 in Frankfurt/M.

---

## Prospekthaftung im engeren Sinne auf der Grundlage einer Lehman-Zertifikate-Produktinformation

**OLG München, Urteil vom 22.05.2012, Az.: 5 U 1725/11, BKR 2011, 462**

In dieser Entscheidung wendet der 5. Zivilsenat des OLG München die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Prospekthaftung im engeren Sinne auf eine mehrseitige, an potentielle Anlageinteressenten gerichtete Produktbeschreibung an, die über die Funktionsweise des Zertifikats, die Chancen und Risiken und andere Details des Anlageprodukts informiert.

Sodann bejaht der 5. Zivilsenat des OLG München einen Prospektfehler deswegen, weil in der Produktinformationsbroschüre der Emittent der Anleihe unzutreffend als die US-amerikanische Investmentbank bezeichnet wird, obwohl diese Angabe weder auf die Emittentin noch auf die Garantin der Anleihe zutrifft (a.A. OLG Frankfurt a.M. Urteil vom 30.11.2012, Az.: 19 U 277/11, S. 14, welcher dem OLG München in diesem Zusammenhang eine „Verkennung der Zertifikatsstrukturen“ vorwirft).

---

## Anforderungen an die Plausibilitätsprüfung durch einen Anlageberater

**BGH-Urteil vom 15.11.2012, Az.: III ZR 55/12 WM 2012, 2375**

In dieser Entscheidung erinnert der Bundesgerichtshof daran, dass eine unterlassene und/oder nicht mit üblichen kritischen Sachverstand durchgeführte Plausibilitätsprüfung nur dann zu einer Haftung führen kann, wenn bei dieser Prüfung ein Risiko erkennbar geworden wäre, über das der Anleger hätte aufgeklärt werden müssen, oder aber wenn erkennbar geworden wäre, dass eine Empfehlung der Anlage nicht anleger- und/oder objektgerecht ist.

Sodann gelangt der Bundesgerichtshof zum Ergebnis, dass die hinsichtlich der Positionen „Avale Bauzeit“ und „Finanzierungskosten“, welche im Investitions- und Finanzierungsplans des Anlageprospektes dargelegt waren, durchgeführte Plausibilitätsprüfung ordnungsgemäß war.

### **Praxishinweis:**

Für die Praxis ist entscheidend, dass nicht jeder vermeintliche Prospektfehler automatisch eine Haftung des Anlageberaters nach sich zieht, sondern dies nur dann, wenn ex ante betrachtet hierzu aufklärungspflichtige Umstände erkennbar geworden wären.

---

## Angebot auf Zug-um-Zug Abtretung bei mittelbarer Fondsbeteiligung ausreichend

**BGH-Urteil vom 10.07.2012, Az.: XI ZR 272/10, BKR 2012, 521**

In dieser Entscheidung bestätigt der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung, wonach es bei einer schadensrechtlichen Rückabwicklung einer mittelbaren Fondsbeteiligung ausreichend ist, wenn der Geschädigte Treuhandkommanditist im Rahmen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs als Zug-um-Zug zu gewährende Leistung die Abtretung sämtlicher Rechte aus der Beteiligung bzw. dem Treuhandvertrag dem Schädiger anbietet.

In diesem Zusammenhang hält der Bundesgerichtshof weiter fest, dass dies auch dann gilt, wenn die Übertragung der Fondsanteile von der Zustimmung Dritter abhängig ist.

#### **Praxishinweis:**

Damit steht fest, dass der Geschädigte Treuhandkommanditist seiner Zug-um-Zug Verpflichtung im Rahmen einer schadensrechtlichen Rückabwicklung bereits dadurch nachkommt, dass er dem Schädiger die Abtretung seiner Rechte aus der Beteiligung bzw. dem Treuhandvertrag anbietet.

---

## Keine vorherige Fristsetzung gegenüber Kreditinstitut bei Zahlungsanspruch in Geld

### **BGH-Urteil vom 13.11.2012, Az.: XI ZR 334/11**

Zunächst hält der Bundesgerichtshof in vorstehender Entscheidung fest, dass das beratende Kreditinstitut nach einer fehlerhaften Anlageberatung verpflichtet ist, dem Anleger nach § 242 Abs. 1 BGB den Geldbetrag zu bezahlen, den der Anleger für den Erwerb der Kapitalanlage aufgewandt hat. Hierauf aufbauend hält der Bundesgerichtshof abweichend vom Oberlandesgericht Celle im Urteil vom 26.01.2011, Az.: 3 U 101/10 fest, dass der Geschädigte ungeachtet einer etwaigen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gemäß § 250 Satz 1 BGB Schadensersatz in Geld vom Schädiger gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen kann. Denn § 250 BGB findet nach Auffassung des Bundesgerichtshofs dann keine Anwendung, wenn der Herstellungsanspruch aus § 249 Abs. 1 BGB – wie bei der Anlageberatung üblich – bereits auf Zahlung von Geld gerichtet ist.

Hieran anschließend weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass bei Gleichartigkeit von Ersatzanspruch und Vorteil die zu erfolgende Vorteilsausgleichung durch Anrechnung bewirkt wird, ohne dass es einer dahingehenden Gestaltenserklärung des Geschädigten bedarf. Bei fehlender Gleichartigkeit muss der Schädiger wiederum Schadensersatz nur Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Vorteils leisten.

Nachdem der Geschädigte im konkreten Fall die von ihm aufgrund einer fehlerhaften Anlageberatung erworbenen Wertpapiere veräußert und gegenüber dem Schädiger lediglich den Differenzschaden geltend gemacht und der Schädiger wiederum gegenüber dem Geschädigten den Mitverschuldenseinwand mit der Begründung erhoben hatte, der Geschädigte habe nicht ohne weiteres die von ihm erworbenen Wertpapiere veräußern dürfen, sah sich der Bundesgerichtshof schließlich veranlasst auszuführen, dass es dem Geschädigten nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden könne, durch Behalten der Wertpapiere weitere spekulative Risiken einzugehen; dies jedenfalls dann, wenn die Veräußerung der Wertpapiere im konkreten Fall vernünftig und zweckmäßig gewesen ist. Darüber hinaus hält der Bundesgerichtshof fest, dass der Geschädigte nicht verpflichtet ist, vor einer Veräußerung der Wertpapiere diese dem Schädiger zum Erwerb anzubieten.

## **Praxishinweis:**

Durch diese Entscheidung steht für die Praxis fest, dass ein geschädigter Kapitalanleger, ohne sich dem Mitverschuldensvorwurf auszusetzen, die von ihm aufgrund einer fehlerhaften Anlageberatung erworbenen Wertpapiere veräußern und gegenüber dem Geschädigten den Differenzschaden geltend machen kann, ohne zuvor dem Geschädigten die Wertpapiere zum Kauf angeboten zu haben.

Weiter steht für die Praxis fest, dass der geschädigte Kapitalanleger bei Anlageberatungsfällen Schadensersatz in Geld verlangen kann, ohne dem Ersatzpflichtigen zuvor eine Frist mit Ablehnungsandrohung gemäß § 250 Satz 1 BGB setzen zu müssen.

---

## **Sabine Lautenschläger, Vize-Präsidentin der Deutschen Bundesbank, zu den Basler Grundsätzen im BankPraktiker**

Lesen Sie kostenfrei den aktuellen Fachbeitrag der BankPraktiker-Ausgabe 12-01/2013 von Mitherausgeberin Sabine Lautenschläger: "[Bankenaufsicht mit geschärftem Augenmaß](#)".

---

## **Rückzahlung der Darlehensvaluta trotz Unwirksamkeit des Darlehensvertrages**

**BGH-Urteil vom 17.07.2012, Az.: XI ZR 198/11, NJW 2012, 3294**

In vorstehender Entscheidung erinnert der Bundesgerichtshof zunächst daran, dass das den Immobilienerwerb lediglich finanzierende Kreditinstitut ebenso wenig wie der Verkäufer einer Immobilie dazu verpflichtet ist, dem Käufer einer Immobilie ungefragt eine nähere Aufschlüsselung des Kaufpreises der Immobilie zu geben und den darin enthaltenen Provisionsanteil offenzulegen.

Sodann hält der Bundesgerichtshof fest, dass der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta bei Unwirksamkeit des Darlehensvertrages wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz dann aus ungerechtfertigter Bereicherung an die Bank zurückzahlen muss, wenn er dieses erhalten hat. In diesem Zusammenhang weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass ein Darlehen dann als empfangen gilt, wenn der Darlehensgeber es an den Darlehensnehmer oder auf dessen Weisung an einen Dritten ausgezahlt hat. Für die Zurechenbarkeit der Zahlungsanweisung eines Treuhänders kommt es, auch dies stellt der Bundesgerichtshof fest, auf die Vorlage der Vollmachtsurkunde im Zeitpunkt der Ausführung der Zahlungsanweisung an und nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung der Zahlungsanweisung oder der Einrichtung des Kreditkontos.

---

## **Nicht Übertragbarkeit der Kick-back Rechtsprechung auf den Abschluss von Versicherungsverträgen**

**Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 25.10.2012, Az.: 2-12 O 526/11**

Unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.11.2011, Az.: XI ZR



220/10, gelangt das Landgericht Frankfurt in vorstehendem Urteil zum Ergebnis, dass die Kick-back Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur im Falle einer Kapitalanlageberatung zur Anwendung gelangt und nicht auch bei Abschluss von Versicherungsverträgen.

**Praxishinweis:**

Dass die Kick-back Rechtsprechung nur im Falle einer Kapitalanlageberatung zur Anwendung gelangen kann, entspricht schon seit je her der vom Bundesgerichtshof vertretenen Auffassung. Problematisch könnte daher nur der Fall werden, in welchem dem Abschluss des Versicherungsvertrages eine Beratung des Verbrauchers vorangegangen ist. Denn dass Anlageberatungsgrundsätze auch im Zusammenhang mit dem Abschluss von Lebensversicherungen im Einzelfall Anwendung finden können, dürfte zwischenzeitlich anerkannt sein (vgl. nur die BGH-Urteile v. 11.07.2012, Az.: IV ZR 164/11, 271/10 sowie 286/10, WM 2012, 1577 ff., 1579 ff. u. 1582 ff. sowie KG-Urteil v. 13.04.2012, Az.: 6 U 52/11, WM 2012, 2326 u. OLG Karlsruhe, Urteil v. 02.08.2011, Az.: 12 U 173/10, WM 2012, 2095.

---

## Umsatzsteuerpflichtigkeit bankenmäßiger Vermögensverwaltungen im Inland

**BFH-Urteil vom 11.10.2012, Az.: V R 9/10 ZIP 2012, 2289**

In dieser Entscheidung hält der BFH im Anschluss an eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs fest, dass die im Inland erbrachten Leistungen bei der Vermögensverwaltung mit Wertpapieren umsatzsteuerpflichtig sind. Zudem hält der BFH fest, dass dann, wenn der Unternehmer Leistungen i.S.v. § 3 a Abs. 4 Nr. 6 a UStG an Nichtunternehmer mit Wohnsitz oder Sitz im Drittlandsgebiet erbringt, diese Leistungen im Inland nicht versteuerbar sind.

---

## AGB-Prüfung im gerichtlichen Mahnverfahren/Bestätigung der geltungserhaltenden Reduktion durch den EuGH

**EuGH-Urteil vom 14.06.2012, Az.: C 618/10, BB 2012, 2713**

In vorstehender Entscheidung hält der EuGH fest, dass AGB-rechtliche Verstöße auch im Rahmen eines gerichtlichen Mahnverfahrens von Amts wegen überprüft werden müssen. Zudem bestätigt der EuGH in vorstehender Entscheidung das im deutschen Recht ohnehin schon geltende Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.

**Praxishinweis:**

Diese EuGH-Entscheidung wird für das deutsche Recht erhebliche Auswirkungen haben, nachdem im deutschen gerichtlichen Mahnverfahren eine AGB-rechtliche Prüfung bisher nicht stattfand und im Hinblick auf Sinn und Zweck des Mahnverfahrens auch nicht stattfinden sollte.

## Kompetenz der Mitgliedsstaaten, trotz der beabsichtigten Vollharmonisierung weitergehende und schärfere Regelungen aufzustellen

**EuGH-Urteil vom 12.07.2012, Az.: C-602/10, WM 2012, 2049**

In vorstehender Entscheidung bestätigt der Europäische Gerichtshof, dass die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2008 über Verbraucherkreditverträge eine vollständige Harmonisierung der in ihren Geltungsbereich fallenden Kreditverträge vorsieht, weswegen es den Mitgliedsstaaten in den spezifisch von dieser Harmonisierung erfassten Bereichen nicht gestattet ist, von dieser Richtlinie abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften beizubehalten oder einzuführen.

Ungeachtet dessen gelangt der Europäische Gerichtshof in vorstehender Entscheidung zum Ergebnis, dass den Mitgliedsstaaten nicht untersagt ist, weitergehende bzw. schärfere Regelungen in den nationalen Vorschriften vorzusehen. So erachtet es der Europäische Gerichtshof beispielsweise für unproblematisch, dass eine innerstaatliche Maßnahme zur Umsetzung der Richtlinie 2008/48/EG in innerstaatliches Recht in ihren sachlichen Anwendungsbereich Kreditverträge (z.B. grundpfandrechtlich gesicherte Kreditverträge) einbezieht, obwohl solche Verträge ausdrücklich vom sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind. Darüber hinaus vertritt der Europäische Gerichtshof u.a. auch die Auffassung, dass die Richtlinie 2008/48/EWG es den Mitgliedsstaaten nicht verbietet, den Kreditinstituten Pflichten aufzuerlegen, die in vorstehender Richtlinie nicht vorgesehen sind, weswegen es Mitgliedsstaaten gestattet ist, beispielsweise ihren Kreditinstituten eine Liste von Bankprovisionen vorzugeben, welche diese im Zusammenhang mit Verbraucherkreditverträgen ausschließlich erheben dürfen oder aber den Kreditinstituten Kategorien von Refinanzierungszinssätzen vorzuschreiben, auf die sich der variable Zins dieser Verträge ausschließlich beziehen darf.

### **Praxishinweis:**

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung erscheint es beispielsweise aus hiesiger Sicht ausgeschlossen, dass es einem Kreditinstitut gelingen könnte, ein nach deutschem Recht für AGB-rechtswidrig erachtetes Entgelt unter Berufung auf europäische Grundsätze für zulässig erklären zu lassen (so z.B. bereits OLG Hamm, Urteil v. 17.09.2012, Az.: I-31 U 60/12, im Zusammenhang mit der AGB-rechtlichen Überprüfung der Zulässigkeit des bei Kreditverträgen erhobenen Bearbeitungsentgelts).

---

## AGB-rechtliche Unwirksamkeit von Entgeltklauseln im Zusammenhang mit Pfändungsschutzkonten

**BGH-Urteile vom 13.11.2012, Az.: XI ZR 500/11, WM 2012, 2381 u. XI ZR 145/11**

In diesen beiden Entscheidungen ist der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs der überwiegend von Oberlandesgerichten vertretenen Auffassung (vgl. hierzu Banken-Times SPEZIAL Bankrecht November u. Dezember 2012) gefolgt und hat entschieden, dass eine Entgeltklausel im Zusammenhang mit Pfändungsschutzkonten dann unwirksam ist, wenn dem Kunden bei Umwandlung seines schon bestehenden Girokontos in ein P-Konto oder bei der Neuerrichtung eines P-Kontos ein Entgelt abverlangt wird, welches über der

Kontoführungsgebühr eines üblicherweise als Gehaltskonto angebotenes Standardkonto mit vergleichbarem Leistungsinhalt liegt.

Begründet hat dies der Bundesgerichtshof mit der sich aus § 850 k ZPO ergebenden gesetzlichen Verpflichtung des Kreditinstituts, auf Verlangen des Kunden ein schon bestehendes oder ein neu eingerichtetes Girokonto als P-Konto zu führen. Für die Erfüllung gesetzlicher Pflichten könne wiederum das Kreditinstitut kein Entgelt verlangen.

#### **Praxishinweis:**

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen dürfte jegliche Vereinnahmung von „Sonderentgelten“ für das Neueinrichten oder Führen eines P-Kontos AGB-rechtlich unzulässig sein.

---

## **AKTUELLE NEUERSCHEINUNGEN JETZT LIEFERBAR**

### **BankPraktiker WIKI Bankentgelte und deren (Un-)Zulässigkeit**

Bankentgelte sind in den letzten Jahren erneut verstärkt ins Visier der Verbraucherschutzverbände geraten, welche die Feststellung der AGB-rechtlichen Unwirksamkeit einer Vielzahl von Bankentgeltklauseln durch die Gerichte zu erreichen versuchen: Abschlussgebühr, Kontoführungsgebühr, Bearbeitungsgebühr, Gebühr für P-Konten etc. Der Beitrag setzt sich mit der dahingehenden, zur (Un-)Wirksamkeit von Bankentgeltklauseln ergangenen Rechtsprechung aus aktueller Sicht auseinander und verschafft dem Leser einen sehr guten Überblick über die sich in diesem Zusammenhang stellenden Probleme und gibt ihm Argumente an die Hand, mit welchen er die Wirksamkeit „seiner“ Entgeltregelung zu verteidigen versuchen kann.

### **Ley Concursal - Spanisches Konkursgesetz**

Spanisch-deutsche Textausgabe mit Erläuterungen

Das an mehr als 100 Stellen umfassend reformierte spanische Konkursgesetz ist am 1. Januar 2012 in Kraft getreten, nachdem bereits mit Bekanntmachung im spanischen Staatsanzeiger diverse Änderungen wirksam geworden waren.

Vor dem Hintergrund der gesamtwirtschaftlichen Situation und der sich rasant erhöhenden Zahl von Unternehmensinsolvenzen bestanden die Ziele der Reform insbesondere in der Vereinfachung, Beschleunigung und Kostenreduzierung des Verfahrens, der Professionalisierung der Konkursverwaltung, der rechtlichen Stärkung der Arbeitnehmer sowie weiterer Anreize zur frühzeitigen Verhandlung von Refinanzierungsabreden und Konkursvergleichen.

So wurde insbesondere ein dem englischen „scheme of arrangement“ vergleichbares Institut zur Insolvenzabwendung eingeführt. Auch die Beantragung der Eröffnung eines Konkursverfahrens durch einen Gläubiger wurde attraktiver ausgestaltet. Im Falle der Liquidation wird die Abwicklung zwecks Erhaltung des Wertes der Konkursmasse beschleunigt. Der wichtigen Funktion des Konkursverwalters wird durch eine verstärkte Professionalisierung mittels der Möglichkeit der Bestellung von juristischen Personen Rechnung getragen. Verwalter sollen i. d. R. zukünftig einzelne Personen sein, um die Kosten der Insolvenzverwaltung zu senken. Gleichzeitig wird der Konkursverwalter

verstärkt Verantwortung bei Schädigung der Konkursmasse bzw. für eine gläubigerorientierte Verwertung übernehmen. Diese Textausgabe mit der Übersetzung des spanischen Gesetzestextes einerseits sowie zusätzlichen hilfreichen Erläuterungen andererseits bietet dem Nutzer einen schnellen Einstieg und eine übersichtliche Handhabung des spanischen Konkursrechts unter Berücksichtigung des deutschen insolvenzspezifischen Vokabulars.

### Sanierung Freiberufler und wirtschaftlich Selbständige

#### Fokus Ärzte und Apotheken

Aufgrund der angespannten Wirtschaftslage in Deutschland geraten zunehmend auch Freiberufler (Ärzte, Apotheker, Steuerberater, Rechtsanwälte etc.) in wirtschaftliche Schwierigkeiten, die in letzter Konsequenz oftmals die Insolvenz des Betroffenen zur Folge haben können. Selbst Arzt-Insolvenzen sind in Deutschland keine Seltenheit mehr. So haben in 2010 in Deutschland mehr als 240 Zahnarzt- und Arztpraxen Insolvenz anmelden müssen.

Sobald sich die Krisenzeichen beim Freiberufler mehren, z. B. dauerhafter Anstieg der KK-Überziehungen, stellt sich für den Betroffenen oftmals das Problem, dass ihm mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens unabdingbare Voraussetzungen für die Ausübung der freiberuflichen Tätigkeit entzogen werden. So droht bei Einleitung eines Insolvenzverfahrens bei Rechtsanwälten, Notaren, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern der Verlust der Zulassung. Ärzte sind von solch einschneidenden Konsequenzen nicht bedroht. Vor dem Entzug der Zulassung kann ein Betroffener sich oftmals nur dadurch „retten“, dass er seinen Beruf zukünftig nur noch im Angestelltenverhältnis „unter Aufsicht“ anderer Berufsträger ausübt.

Diese Konsequenzen sind aber auch für die finanzierende Bank weitreichend, da mit dem Verlust der Zulassung die Ausfallwahrscheinlichkeit noch einmal deutlich steigt.

Das Buch zeigt systematisch die Krisensignale in der „Freiberufler-Finanzierung“ auf, geht auf die spezifischen Herausforderungen der Sanierung dieser Berufsgruppe ein und betrachtet in einem eigenen Kapitel ausführlich die Sanierungsbedingungen im Bereich der Ärzte und Apotheken.

---

## Kein Anspruch des Auftraggebers einer Garantie auf erstes Anfordern gegen die von ihm beauftragte und die Garantie herausgebende Bank auf Unterlassung der Garantiezahlung

### **OLG Stuttgart, Urteil vom 14.11.2012, Az.: 9 U 134/12, ZIP 2012, 2388**

Entgegen der vom Landgericht Stuttgart ausführlich begründeten Auffassung gelangt das Oberlandesgericht Stuttgart unter umfassender Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen zum Ergebnis, dass der Garantierauftraggeber gegen seine die Garantie herausgebende Bank nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung die Unterlassung der Auszahlung der Garantie erreichen kann.

#### **Praxishinweis:**

Nachdem die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart nicht rechtskräftig ist und sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung unterschiedliche Rechtsschutzinstrumente favorisiert werden, mit welchen der Garantiefahrgabe die Auszahlung einer Garantie auf erstes Anfordern bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie zu verhindern versuchen kann, bleibt mit Spannung abzuwarten, wie der Bundesgerichtshof sich in dieser seit vielen Jahren hoch umstrittenen Frage positionieren wird.

---

## Gläubigerbenachteiligung des Schuldners bei Überweisung eines außerhalb des 3-Monats-Zeitraums gepfändeten Kontoguthabens an den Gläubiger

**BGH, Urteil vom 22.11.2012, Az.: IX ZR 142/11, ZIP 2012, 2513**

Der vom BGH entschiedene Fall ist für Kreditinstitute interessant, die in Forderungen ihrer Kunden gegenüber Dritten gepfändet haben. Erfolgen Zahlungen auf die gepfändeten Forderungen stellt sich die Frage, inwieweit solche Zahlungen insolvenzfest sind.

Der BGH bestätigt zunächst seine ständige Rechtsprechung dahingehend, dass der Insolvenzanfechtung nach § 129 Abs. 1 InsO nur solche Rechtshandlungen unterworfen sind, welche die Insolvenzgläubiger objektiv benachteiligen. Eine solche objektive Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die Rechtshandlung entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch den Zugriff auf das Vermögen des Schuldners vereitelt, erschwert oder verzögert hat. Im vorliegenden Fall schied eine solche Gläubigerbenachteiligung aus, weil der Gläubiger zur abgesonderten Befriedigung nach § 50 Abs. 1 InsO aufgrund seines im Weg der Forderungspfändung erlangten Pfandrechts berechtigt war.

Diese Recht auf abgesonderte Befriedigung war im vorliegenden Fall deshalb anfechtungsfest, weil der Gläubiger außerhalb des 3-Monats-Zeitraums der §§ 130, 131 InsO ein Pfandrecht an dem Kontoguthaben des Schuldners erwirkt hatte. Damit erhielt der Pfändungspfändgläubiger nur das, was ihm bereits aufgrund des Pfändungsrechtes zusteht.

Die nach Ablauf des 3-Monats-Zeitraumes allein dann noch in Betracht kommende Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO scheiterte am Erfordernis einer Rechtshandlung des Schuldners. Zwangsvollstreckungshandlungen des Gläubigers sind ohne eine vorsätzliche Rechtshandlung oder eine ihr gleichstehende Unterlassung des Schuldners nicht nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar. An solchen Rechtshandlungen des Schuldners fehlte es im vorliegenden Fall.

---

Wir sind ein auf die Zielgruppe Banken und Sparkassen sowie bankrechtlich orientierte Rechtsanwälte spezialisierter Seminaranbieter und Verlag. Weitere Informationen unter [www.FC-Heidelberg.de](http://www.FC-Heidelberg.de).

Für den seminar- und buchseitigen Ausbau unseres Bereichs Revision sowie für die Übernahme der Chefredaktionsposition unserer neuen Zeitschrift RevisionsPraktiker suchen wir einen

## **Projektleiter Revision Kreditwirtschaft (m/w)**

zum frühestmöglichen Zeitpunkt. Dazu sollten Sie entweder eine Bankausbildung absolviert haben, über Projekterfahrung im Bereich Banken/Sparkassen – idealerweise im Revisionsbereich – verfügen oder aussagefähige Praktika bei Banken oder Sparkassen vorweisen können.

Vor dem Hintergrund der MaRisk sowie der Marktentwicklungen erwarten wir von Ihnen eine sehr engagierte, fachlich ausgerichtete Betreuung dieses ausbaufähigen Bereichs, den Sie zunächst unter Anleitung des ressortzuständigen Geschäftsführers übernehmen. Der Aufstieg bis zum Geschäftsführer ist möglich und erwünscht, da dies unserer fachlichen und teamorientierten Struktur entspricht.

Wenn Sie belastbar sind, freundlich-dynamisch auftreten und mit uns gemeinsam unser Unternehmen engagiert weiter nach vorn bringen wollen, freuen wir uns auf Ihre Bewerbung an:

**Finanz Colloquium Heidelberg GmbH**  
**Dr. Patrick Rösler**  
**Plöck 32a, 69117 Heidelberg**  
[Patrick.Roesler@FC-Heidelberg.de](mailto:Patrick.Roesler@FC-Heidelberg.de)

---

### **Rückzahlung eines Darlehens keine unmittelbare Gegenleistung für die Darlehensgewährung i. S. der Bargeschäftsausnahme des § 142 InsO**

#### **OLG Celle, Beschluss vom 8.10.2012, Az.: 13 U 95/12, ZIP 2012, 2114**

Die Entscheidung des OLG Celle behandelt den Fall eines Gesellschafterdarlehens an die insolvent gewordene Schuldnerin. Der Sachverhalt ist aber ungeachtet dessen auch für Kreditinstitute deshalb einschlägig, weil dort die Frage gestellt war, ob die Rückzahlung eines Darlehens eine unmittelbare Gegenleistung für die Darlehensgewährung im Sinne von § 142 InsO (Bargeschäft) darstellt. Dies wurde vom erkennenden Senat verneint. Unter Bezugnahme auf die in dem Beschluss zitierte Literatur führt das Gericht zur Begründung aus, dass beim Darlehen nicht die Rückzahlung, sondern die Verzinsung im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Gewährung des Darlehens stehe, so dass insoweit ein Bargeschäft ausscheide.

Damit handle es sich bei der Darlehensrückzahlung nicht um die Gegenleistung für eine Darlehensgewährung. Eine Gegenleistung für letztere könne allenfalls eine etwaige Zinszahlung darstellen. Lediglich in diesem Rahmen könne im Einzelfall der Anwendungsbereich des § 142 InsO eröffnet sein.

#### **Impressum**

Finanz Colloquium Heidelberg GmbH – Plöck 32a – 69117 Heidelberg  
VisdP: Christine Glemser  
Telefon: 0 62 21 / 99 89 8-0 - Telefax: 0 62 21 / 99 89 8-99  
E-Mail: [Info@FC-Heidelberg.de](mailto:Info@FC-Heidelberg.de) - Internet: [www.FC-Heidelberg.de](http://www.FC-Heidelberg.de)

Geschäftsführer: Dr. Christian Göbes, Frank Sator, Dr. Patrick Rösler, Marcus Michel, Michael Helfer  
Sitz der Gesellschaft ist Heidelberg, Amtsgericht Mannheim, HRB Nr. 335598