



Finanz Colloquium  
Heidelberg

# **Banken-Times**

## **SPEZIAL**

## **BANKRECHT**

September & Oktober 2014

Finanz Colloquium Heidelberg

eMail: [info@fc-heidelberg.de](mailto:info@fc-heidelberg.de)

Web: [www.fc-heidelberg.de](http://www.fc-heidelberg.de)

**In Zusammenarbeit mit:**



Dr. Hervé Edelman

**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,

unser Newsletter enthält in dieser Ausgabe wieder diverse Beiträge aus dem Bereich Bankrecht.

Die Inhalte haben wir zusammen mit unserem [Kooperationspartner Thümmel, Schütze & Partner](#) gestaltet, einer wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Kanzlei mit vier Standorten in Deutschland und zwei Büros im Ausland.

Zur Abbestellung dieses Newsletters oder zur Aufnahme von Kollegen/Kolleginnen in den Verteiler senden Sie uns bitte eine eMail an [btspezial@fc-heidelberg.de](mailto:btspezial@fc-heidelberg.de). Wenn Sie einen eigenen Gastbeitrag verfassen möchten, freuen wir uns ebenfalls über Ihre Nachricht.

Mit besten Grüßen,

**Dr. Hervé Edelmann**, Rechtsanwalt, Thümmel Schütze & Partner, Stuttgart

**Christine Glemser**, Rechtsanwältin und Bereichsleiterin Bankrecht, Finanz Colloquium Heidelberg

---

## Keine Kick-back-Aufklärungspflicht im Rahmen von Finanzierungsberatungsverträgen

### **BGH-Urteil vom 01.07.2014, Az.: XI ZR 247/12**

Zunächst hält der Bundesgerichtshof fest, dass das Eingreifen der Grundsätze über die Kick-back-Interessenkonflikts-Aufklärungspflicht das Vorliegen einer „Kapitalanlageberatung“ voraussetzt, wovon man bei einer Finanzierungsberatung nicht sprechen könne. Denn von einem Anlagegeschäft könne nur dann gesprochen werden, wenn Gegenstand der Beratung die Investition von vom Kapitalanleger zur Anlage vorgesehenem Kapital ist. Davon könne bei einer Finanzierungsberatung nicht gesprochen werden. Denn die Finanzierungsberatung beziehe sich lediglich auf die Beschaffung von Finanzmitteln und nicht auf die Anlage von Kapital.

Darüber hinaus stellt der Bundesgerichtshof erneut fest, dass eine beratende Bank grundsätzlich nicht verpflichtet ist, von sich aus auf ihr Gewinnerzielungsinteresse hinzuweisen, wenn dies aus normativ-objektiver Sicht für den Kapitalanleger bzw. für den Kunden der Bank offensichtlich und dieser folglich nicht aufklärungsbedürftig sei. Gerade bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen sei aber dem Verbraucher offenkundig, dass der Vermittler von Versicherungen Provisionen erhält.

**Praxishinweis:**

Für die Praxis ist maßgeblich, dass die Pflicht zur Aufklärung über einen vermeintlich bestehenden Interessenkonflikt im Sinne der Kick-back-Rechtsprechung nicht bereits bei Vorliegen eines Beratungsvertrages besteht, sondern erst dann, wenn Gegenstand des Beratungsvertrages die Empfehlung einer Kapitalanlage ist. Davon kann bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen ebenso wenig gesprochen werden, wie bei der Vermittlung von Bauspar- und sonstigen Finanzierungsverträgen; dies jedenfalls dann nicht, wenn der Abschluss des entsprechenden Vertrages nicht zu Anlagezwecken erfolgt, was durchaus z.B. bei Bausparverträgen, die in der Zinsniedrigphase auch zu Anlagezwecken abgeschlossen werden, der Fall sein kann. Insofern kommt es stets auf die Einzelfallprüfung an.

Wesentlich für die Praxis ist auch, dass der Bundesgerichtshof immer mehr Fallkonstellationen annimmt, bei denen es aufgrund normativ-objektiver Erwägungen als offenkundig gilt, dass dem Verbraucher bzw. Anleger bekannt ist bzw. sein muss, dass die beratende Bank mit Abschluss des Geschäfts Provisionen bzw. Gewinne erzielt, weswegen ein solcher Verbraucher/Anleger nicht aufklärungsbedürftig ist. Insofern sollte bei Fallkonstellationen, die nicht dem „normalen Standard“ entsprechen, immer versucht werden zu argumentieren, dass es für den Kapitalanleger/Verbraucher aufgrund normativ-objektiver Gesichtspunkte offenkundig war/ist, dass die beratende Bank an der Vermittlung des maßgeblichen Produkts Geld verdient.

**Seminarveranstaltungen im 2. Halbjahr 2014**

[Kreditsicherungspraxis: Personalsicherheiten, 3. November 2014 in Frankfurt](#)

[Kreditsicherungspraxis: Sachsicherheiten, 4. November 2014 in Frankfurt](#)

[Energieanlagen als Kreditsicherheiten, 5. November 2014 in Frankfurt](#)

[MiFID II – die neue Welt der Anlageberatung, 10.-11. November 2014 in Köln](#)

[Tagung zum Bauträgergeschäft, 17.-18. November 2014 in Frankfurt](#)

[Kommunal\(kredit\)geschäft, 19. November 2014 in Frankfurt](#)

[Konsortialkreditgeschäft und Sicherheitenpools, 3. November 2014 in Frankfurt](#)

[Firmenkundenkreditrecht update, 4. November 2014 in Frankfurt](#)

[EWB-Prozesse im Visier von Abschluss- und Steuerprüfer, 5. November 2014 in Frankfurt](#)

[Prozessoptimierung in der Problemkreditbearbeitung, 6. November 2014 in Frankfurt](#)

[Baufinanzierungs - Tage 2014: Risikoanalyse Grundbuch/Grundschild, 10. November 2014 in Köln](#)

[Baufinanzierungs - Tage 2014: Aktuelle Rechtsfragen, 11. November 2014 in Köln](#)

[Baufinanzierungs - Tage 2014: Fallen für die Grundschild, 12. November 2014 in Köln](#)

[Baufinanzierungs - Tage 2014: Beleihungswertermittlung, 13. November 2014 in Köln](#)

[EEG 2014 - Herausforderung für den Finanzierer, 17. November 2014 in Frankfurt](#)

## Ausweitung der Kick-back-Interessenkonflikt-Aufklärungspflicht auf Innenprovisionen

### BGH-Urteil vom 03.06.2014, Az.: XI ZR 147/12

Unter völliger Aufgabe seiner Rechtsprechung zur Abgrenzung von Innenprovisionen und Rückvergütungen gelangt der Bundesgerichtshof in vorstehender Entscheidung zum Ergebnis, dass eine Bank im Rahmen von Anlageberatungsverträgen ab dem 01.08.2014 nicht nur verpflichtet ist, den Kapitalanleger über Grund und Höhe der erhaltenen Provision im Falle des Vorliegens von Rückvergütungen aufzuklären, sondern auch über den Empfang versteckter Innenprovisionen von Seiten Dritter und zwar unabhängig von der betroffenen Höhe der Innenprovision.

Anders als noch bei der Kick-back-Aufklärungspflicht, welche der Bundesgerichtshof, gestützt auf die aufsichtsrechtliche Norm des § 31 WpHG, aus einem allgemein anerkannten zivilrechtlichen Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten herleitete, begründet der Bundesgerichtshof seine Innenprovisionsinteressenkonflikt-Aufklärungspflicht mit einem seit dem 01.08.2014 geltenden und das Kapitalanlagerecht nunmehr prägenden Transparenzgebot, welches als nahezu flächendeckendes Rechtsprinzip bei der Auslegung und Bestimmung des Inhalts des Anlageberatungsvertrages gemäß §§ 133, 157 BGB insofern zu berücksichtigen ist, als der Kapitalanleger von der beratenden Bank erwarten und voraussetzen kann, dass diese die tragenden Grundprinzipien des Aufsichtsrechts beachtet und ihn demgemäß über den Empfang auch von versteckten Innenprovisionen unabhängig von deren Höhe aufzuklären hat; ein Umstand, den der Bundesgerichtshof als „tragendes Grundprinzip“ ansieht.

Auch wenn der Bundesgerichtshof dieses bei der Auslegung des Beratungsvertrages zu berücksichtigende Rechtsprinzip aus aufsichtsrechtlichen Normen herleitet, stellt der Bundesgerichtshof in vorstehender Entscheidung klar, dass es zur Feststellung des Bestehens einer Aufklärungspflicht nicht darauf ankommt, ob das konkrete Anlagegeschäft irgendwelchen aufsichtsrechtlichen Ge- oder Verboten unterfällt; dies deshalb, weil die entsprechenden Grundprinzipien des Aufsichtsrechts allgemein von der anlageberatenden Bank als das das Kapitalanlagerecht zivilrechtlich prägende Transparenzgebot zu berücksichtigen sind.

Was die Vergangenheit, also die Zeit vor dem 01.08.2014 anbelangt, so hat der Bundesgerichtshof bewusst offengelassen, ob eine entsprechende Innenprovisionsinteressenkonflikt-Aufklärungspflicht bestand. Dies deshalb, weil der Bundesgerichtshof, anders als noch bei der Rückvergütungsthematik, bei unterstelltem Bestehen einer solchen Pflicht zur Aufklärung über Innenprovisionen das Verschulden der anlageberatenden Banken abgelehnt und somit eine Rückwirkung seiner Entscheidung verneint hat.

### Praxishinweis:

Mit vorstehendem Urteil ist für die Praxis geklärt, dass anlageberatende Banken ab dem 01.08.2014 auch über den Empfang versteckter Innenprovisionen aufzuklären haben und zwar unabhängig von deren Höhe.

Nachdem der Bundesgerichtshof seine neue Innenprovisionsinteressenkonflikt-Aufklärungspflicht auf den „Bereich des Kapitalanlagerechts“ beschränkt, dürfte auch – ähnlich

wie bei der Rückvergütung - die Bejahung einer Innenprovisionsaufklärungspflicht nach aktueller Rechtsprechung eine Kapitalanlageberatung voraussetzen, so wie der Bundesgerichtshof sie in vorstehend kommentiertem Urteil vom 01.07.2014, Az.: XI ZR 247/12, definiert hat. Gegenstand der Beratung müsste daher stets die Anlage von Kapital sein, um eine Aufklärungspflicht auszulösen.

Ob die neue Innenprovisionsinteressenkonflikt-Aufklärungspflicht neben anlageberatende Banken auch freie Anlageberater und etwaige out-gesourcte freie Beratungsunternehmen betrifft (so Hoffmann/Bartlitz, ZIP 2014, 1505, 1510 f.) ist ebenso zweifelhaft wie die weitere Frage, ob auch Festpreis- bzw. Eigengeschäfte der Bank von vorstehender Rechtsprechung umfasst sind (zweifelnd Hoffmann/Bartlitz, ZIP 2014, 1505, 1512).

Nachdem die Kick-back-Aufklärungspflicht sowohl bei freien Anlageberatern einschließlich out-gesourcter Unternehmen als auch bei Festpreis- und Eigengeschäften vom Bundesgerichtshof damit abgelehnt wird, dass für den Kapitalanleger das Provisionsinteresse der beratenden Bank offenkundig ist, sich hieran durch die Qualifizierung einer Provision als Innenprovision oder Rückvergütung nichts ändert, dürfte die vom Bundesgerichtshof neu erschaffene Innenprovisionsinteressenkonflikts-Aufklärungspflicht wegen Offenkundigkeit der Provision und der hierdurch bedingten mangelnden Aufklärungsbedürftigkeit des Verbrauchers auch in diesen Fällen nicht greifen. Dies gilt bei Festpreis- und Eigengeschäften der Bank umso mehr, als das für die Bejahung des Bestehens einer Kick-back-Interessenkonflikts-Aufklärungspflicht zwingend erforderliche Drei-Personen-Verhältnis (so ausdrücklich BGH-Urteil v. 27.09.2011, Az.: XI ZR 182/10, Rn. 41) bei Festpreis- und Eigengeschäften nicht gegeben ist.

Nachdem vorstehende Themenkomplexe bisher vom Bundesgerichtshof nicht beantwortet sind, besteht – jedenfalls bezogen auf die Zukunft - für die Praxis erneut eine nicht unerhebliche Unsicherheit in Bezug auf den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich vorstehender BGH-Entscheidung. Für die Vergangenheit (vor dem 01.08.2014) jedoch besteht sowohl für anlageberatende Kreditinstitute als auch für freie Anlageberater insofern Rechtssicherheit, als der Bundesgerichtshof bei Bejahung einer entsprechenden Pflicht zur Aufklärung über Innenprovisionen, anders als noch bei Rückvergütungen, das Verschulden der anlageberatenden Bank und damit eine Rückwirkung seiner Entscheidung abgelehnt hat.

### **Neuer Seminar- und Buchkatalog**

In unserem druckfrischen [Seminarkatalog für das Jahr 2015](#) finden Sie für Ihre frühzeitigen Budget-/Seminarplanungen 2015 in allen Rubriken zahlreiche neue, z.T. auch sehr innovative Seminare, wie z.B. Aufsichts-Englisch und Speed-Reading.

Unserem neuen [Verlagsprogramm für das 2. Halbjahr 2014](#) können Sie unser neues Verlagsprogramm sowie die noch zu erscheinenden Titel von 2014 entnehmen. Insgesamt werden wir im 2. Halbjahr 10 neue Bücher auf den Markt bringen.

## Verschulden der Bank bei Vorliegen von Rückvergütungen seit 1904?

### BGH-Urteil vom 15.07.2014, Az.: XI ZR 418/13

In vorstehender Entscheidung hält der Bundesgerichtshof in Fortsetzung seines Beschlusses vom 29.06.2010 fest, dass das Verschulden der anlageberatenden Bank bei der Nichtaufklärung über sog. Rückvergütungen bzw. Kick-backs nicht nur für die Zeit nach 1990 zu bejahen ist, sondern bereits für die Zeit nach 1984. Zwar lässt der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang bewusst offen, ob das Verschulden der Bank nicht schon seit 1904 zu bejahen wäre. Den dahingehenden Ausführungen des Gerichts lässt sich jedoch entnehmen, dass der Bundesgerichtshof bei Entscheidungserheblichkeit der Frage das Verschulden der Bank bei Nichtaufklärung über Rückvergütungen ab Veröffentlichung der von ihm im Urteil erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts vom 10.12.1904, Az.: 334/04, annehmen würde.

Hieran anschließend entschied der Bundesgerichtshof hinsichtlich des Anspruchs auf entgangenen Gewinn, dass ein auf einen entgangenen Gewinn gerichteter Schadensersatzanspruch, der auf eine vor dem 01.01.2002 erfolgte Verletzung eines Anlageberatungsvertrages gestützt wird, der kurzen Verjährung nach § 197 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung unterliegt, mit der Folge, dass etwaig dahingehend bestehende Ansprüche vier Jahren nach erfolgter Investition verjährt sind.

### Praxishinweis:

Einmal mehr zeigt sich, dass der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nicht in der Lage ist, „über seinen eigenen Schatten zu springen“ und seine Rückvergütungsrechtsprechung, ähnlich wie er dies mit der erstmals im Urteil vom 03.06.2014 (vgl. oben) statuierten, völlig neuen „Innenprovisions-Interessenkonflikts-Aufklärungspflicht“ getan hat, auf die Zukunft zu begrenzen. Nicht genug damit: Obwohl dem Bundesgerichtshof offenkundig bekannt ist, dass es bis zu seiner ersten Kick-back-Grundsatzentscheidung vom 19.12.2006, Az.: XI ZR 56/05, keine einzige Entscheidung und auch keine die Bejahung des Verschuldens rechtfertigende Literaturmeinung gab, welche eine ausschließlich für anlageberatende Kreditinstitute geltende interessenkonfliktsbezogene Aufklärungspflicht über Rückvergütungen bzw. Kick-backs bei Bestehen eines Anlageberatungs- oder Vermittlungsvertrages bejahte, die im Urteil aus dem Jahre 2006 bejahte Interessenkonflikts-Aufklärungspflicht darüber hinaus allein auf solche dem WphG unterfallende Anlageprodukte begrenzt war und der Bundesgerichtshof noch in seiner Entscheidung vom 19.12.2000, Az.: XI ZR 349/99, seine dort bejahte Interessenkonflikts-Aufklärungspflicht ausschließlich auf die Verletzung nebenvertraglicher Pflichten aus dem Depotvertrag stützte, vertritt der Bundesgerichtshof in vorstehendem Urteil nach wie vor die Auffassung, bei seiner Kick-back-Rechtsprechung handele es sich um die Fortsetzung und Fortentwicklung einer bereits seit 1904 bestehenden Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht der beratenden Bank über den Erhalt von Provisionen bzw. Bonifikationen.

Dass diese vom Bundesgerichtshof vertretene Rechtsauffassung offenkundig falsch ist, lässt sich nicht nur dem Umstand entnehmen, dass der Bundesgerichtshof sich in keinster Weise mit den massiv zu seiner Verschuldensentscheidung ergangenen kritischen Literaturstimmen auseinandersetzt, sondern auch daraus, dass über Jahrzehnte im Zusammenhang mit den tausendfach entschiedenen Anlageberatungshaftungsfällen kein einziges Gericht und kein

einzigem Verbraucher- bzw. Anlegeranwalt auf die Idee gekommen ist, Schadensersatzansprüche geschädigter Kapitalanleger auf die vermeintliche Pflichtverletzung der Nichtaufklärung über Rückvergütungen bzw. Kick-backs im Rahmen von Anlageberatungsverträgen zu stützen. Zudem ist es schlichtweg weder rechtsdogmatisch noch sonst wie zu begründen, weswegen das Verschulden der anlageberatenden Bank in Bezug auf die Verletzung der interessenkonfliktsbezogenen Pflicht zur Aufklärung über Provisionen davon abhängen soll, ob eine Innenprovision oder eine Rückvergütung im Sinne der Rechtsprechung vorliegt. Denn die Bejahung der Pflicht zur Aufklärung über den Erhalt von Provisionen beruht in beiden Fällen auf demselben Rechtsgrundsatz und wird demgemäß in beiden Fällen mit dem vermeintlichen Bestehen eines Interessenkonflikts begründet und gerechtfertigt. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Bundesgerichtshof die Interessenkonflikts-Aufklärungspflicht bei Innenprovisionen nicht auf den bei Rückvergütungen herangezogenen „zivilrechtlich allgemein anerkannten Grundsatz“ stützte, sondern auf „tragende Grundsätze des Aufsichtsrechts“, welche ab dem 01.08.2014 bei der Auslegung der Pflichten aus dem Anlageberatungsvertrag Berücksichtigung finden müssen. Hinzu kommt, dass es bis zur Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2006 im Bereich der Anlageberatung und -vermittlung ausschließlich die Pflicht zur Aufklärung über Innenprovisionen gab und kein Mensch im Rahmen von Haftungsfällen im Bereich der Anlageberatung eine Haftung wegen Nichtaufklärung über Rückvergütungen thematisierte und erst recht keine Differenzierung hinsichtlich der Haftung bei Vorliegen von Innenprovisionen oder Rückvergütungen oder zwischen freien und bankgebundenen Anlageberatern vornahm.

Auch wenn vorstehende Verschuldensentscheidung des Bundesgerichtshofs nach hiesiger Auffassung durch nichts zu rechtfertigen ist, muss man für die Zukunft davon ausgehen, dass der Bundesgerichtshof seine dahingehende Rechtsprechung nicht mehr revidieren und ein Verschulden der Bank bei Nichtaufklärung über Rückvergütungen bzw. Kick-backs bereits ab dem Jahr 1904 bejahen wird, auch wenn er in seiner vorstehenden Entscheidung bisher ein Verschulden „nur“ ab dem Jahr 1984 bejaht hat. Denn die vermeintlichen Grundsätze, auf die der Bundesgerichtshof das Verschulden stützt, wurden, soweit ersichtlich, erstmals in dem Urteil des Reichsgerichts vom 10.12.1904, Az.: 334/04, aufgestellt. Denn in dieser Entscheidung wurde die Interessenkonfliktproblematik des Kommissionärs bei Annahme unterschiedlicher Aufträge unterschiedlicher Personen erstmals thematisiert.

### **Aktuelle Neuerscheinung [Compliance, 5. Auflage](#)**

#### *Konsequenzen verschärfter Vorgaben aus WpHG und Bankenaufsicht*

Eine Vielzahl gesetzlicher und aufsichtsrechtlicher Neuregelungen zur Wertpapier-Compliance innerhalb der letzten Jahre stellt die betriebliche Compliance-Funktion im Allgemeinen und den Compliance-Beauftragten im Besonderen vor große Herausforderungen. Vor allem die Überarbeitung der MaComp vom 30.11.2012 für die Umsetzung der ESMA-Leitlinien im Hinblick auf bestimmte MiFID-Anforderungen an die Compliance-Funktion hatte zur Folge, dass sich sowohl der Aufbau des neugefassten MaComp-Rundschreibens grundlegend verändert hat als auch neue Module (z.B. Geeignetheitsprüfung von Wertpapierkunden) eingearbeitet worden sind. [weiter lesen](#)

## Abgrenzung des IX. zum XI. Senat des Bundesgerichtshofs bei Anwendbarkeit der Beweiserleichterungen für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden

### BGH-Beschluss vom 15.05.2014, Az.: IX ZR 267/12

In dieser Entscheidung bestätigt der IX. Zivilsenat seinen bereits im Urteil vom 30.09.1993 (BGHZ 123, 311, 314 ff.) aufgestellten Grundsatz, wonach sich in Fällen der Rechts- und Steuerberaterhaftung die Beweiserleichterungen für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises richten. Anders als der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs gelangt daher der IX. Zivilsenat in vorstehender Entscheidung konsequenter Weise zum Ergebnis, dass der Anscheinsbeweis nur dann eingreift, wenn bei zutreffender rechtlicher Beratung vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus allein eine Entscheidung nahegelegen hätte.

Zur Rechtfertigung der Beibehaltung der Grundsätze des Anscheinsbeweises in Abgrenzung zum XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, der zu Lasten des Anlageberaters eine Beweislastumkehr bejaht, führt der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs aus, dass die von seiner Rechtsauffassung abweichende Meinung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs allein mit dem Schutzzweck der Aufklärungspflicht im Rahmen von Anlageberatungsverträgen gerechtfertigt wird, weswegen sich für seine bisherige diesbezügliche Rechtsprechung zu Rechts- und Steuerberaterhaftungsfällen kein Klärungs- oder Rechtsfortbildungsbedarf stellt.

### Praxishinweis:

Für die Praxis relevant ist vorstehende Entscheidung insofern, als diese aufzeigt, dass andere Zivilsenate des Bundesgerichtshofs nicht bereit sind, den vom XI. Zivilsenat ausschließlich im Zusammenhang mit Bankanlageberatungshaftungsfällen entwickelten sehr strengen Rechtsprechungsgrundsätzen zu folgen und die entsprechenden strengen Haftungsgrundsätze auf andere Bereiche zu übertragen. Bereits der III. Zivilsenat hatte dem XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Gefolgschaft verweigert und die Übertragung der vom XI. Zivilsenat entwickelten Kick-back-Grundsätze auf die freien Anlageberater abgelehnt. Nunmehr verweigert der IX. Zivilsenat die Übertragung der vom XI. Zivilsenat fortentwickelten strengeren Beweiserleichterungsgrundsätze (Beweislastumkehr statt Anscheinsbeweis) auf die Fälle der Rechts- und Steuerberaterhaftungsfälle.

Vor diesem Hintergrund mag man sich durchaus die Frage stellen, weswegen anlageberatende Kreditinstitute erheblich verschärfteren Haftungsgrundsätzen unterliegen sollen, als andere beratende Berufsgruppen wie z.B. freie Anlageberater, Steuerberater, Notare und Rechtsanwälte, bei denen etwaige Pflichtverletzungen zu ähnlich gravierenden Schadensfolgen führen können. Möglicherweise hängt dies damit zusammen, dass die Banken-Lobby politisch nicht so einflussreich ist. Vielleicht hängt dies aber auch damit zusammen, dass man den Kreditinstituten (zu Unrecht) die alleinige Verantwortung für die Finanzkrise sowie für die hierdurch bedingten erheblichen Verluste der Anleger zuschanzt.

## Keine Verjährungshemmung durch einen den Individualisierungs-anforderungen nicht genügenden Güteantrag

**OLG Frankfurt, Urteil vom 09.07.2014, Az.: 17 U 172/13**

In vorstehender Angelegenheit bestätigt das OLG Frankfurt die Rechtsauffassung des Landgerichts, wonach ein Güteantrag dann den Individualisierungsanforderungen nicht genügt, wenn in diesem kein Vortrag zu Datum, Ort, Inhalt und Umständen der Beratung sowie zum Zeichnungsdatum, der Zeichnungshöhe sowie zu dem die Anlage empfehlenden Berater enthalten sind. Hieran vermag nach Auffassung des Oberlandesgerichts auch der Umstand nichts zu ändern, dass nach der Verfahrensordnung lediglich eine „kurze Darstellung der Streitsache“ notwendig ist. Zudem hält das OLG Frankfurt fest, dass die verjährungshemmende Wirkung eines nicht ausreichend individualisierten und damit nicht rechtzeitig eingereichten Güteantrages nicht rückwirkend durch Einreichung eines die Individualisierung nachholenden Schriftstücks bewirkt werden kann, das erst in rechtsverjährter Zeit eingereicht wird.

### Praxishinweis:

Für die Praxis ist die Entscheidung des OLG Frankfurt insofern relevant, als das Oberlandesgericht nicht nur feststellt, dass ein den Individualisierungsanforderungen nicht genügender Güteantrag die Verjährungshemmung nicht herbeizuführen vermag, sondern dass das Oberlandesgericht zudem festhält, dass eine nachträgliche Heilung durch Einreichung von individualisierenden Schriftstücken in rechtsverjährter Zeit nicht (mehr) möglich ist (ähnlich OLG Frankfurt, Ur. v. 16.07.2014, Az.: 19 U 2/14).

## Gebühr für die Ausstellung einer Ersatzbankkarte

**OLG Köln, Urteil vom 19.03.2014, Az.: 13 U 46/13**

In vorstehender Entscheidung gelangt das Gericht zum Ergebnis, dass die Entgeltklausel, welche die Pflicht eines Bankkunden zur Zahlung von € 15,00 für die Ausstellung einer Ersatzkarte für eine grundsätzlich kostenfreie Karte in Fällen begründet, in denen die Ausstellung der Ersatzkarte ihre Ursache nicht im Verantwortungsbereich der Bank hat, wirksam ist.

Unter Hinweis darauf, dass die Pflicht des Kartenunternehmens, dem Kunden eine Bankkarte auszuhändigen, sich aus dem Bankkartenvertrag ergibt, der ein gesonderter Vertrag und nicht nur ein unselbständiger Bestandteil des Girovertrages ist, hält das OLG Köln diesbezüglich zur Begründung fest, dass die zentrale Pflicht des Karten ausgebenden Instituts aus diesem Bankkartenvertrag, dem Kunden die Möglichkeit zur bargeldlosen Zahlung an automatisierten Kassen und die Nutzung von Geldautomaten zu eröffnen, mit der Aushändigung der Erstkarte an den Kunden erfüllt ist, weswegen die Ausstellung jeder weiteren Ersatzbankkarte eine

zusätzliche Sonderleistung des Instituts darstellt; dies jedenfalls dann, wenn der Verlust, die Beschädigung oder generell der Wegfall der Nutzungsmöglichkeit der Erstkarte vom Kunden selbst zu vertreten ist.

#### **Praxishinweis:**

Für die Praxis ist wesentlich zu wissen, dass ein Entgeltgrundsatz besteht, wonach die Erstellung von Ersatzkarten oder Dokumenten auch in AGB von der Zahlung eines Entgelts abhängig gemacht werden kann. In der Rechtsprechung und Literatur ist nämlich anerkannt, dass die Erhebung eines Entgelts für die Aushändigung einer Ersatzkreditkarte in AGB dann zulässig ist, wenn die Beschädigung oder der Verlust der Karte auf ein Verschulden des Kreditkarteninhabers zurückzuführen ist und damit in seinem Verantwortungsbereich liegt. Ähnliches gilt für die Ausstellung eines neuen Sparbuchs (BGH-Urteil v. 07.07.1998, Az.: XI ZR 351/97, WM 1998, 1623, 1624) sowie die Nacherstellung von Kontoauszügen (BGH-Urteil v. 17.12.2013, Az.: XI ZR 66/13, WM 2014, 253, 254 Rn. 18).

## **Verstoß gegen das Transparenzgebot durch Nr. 26 Abs. 1 der AGB-Sparkassen**

### **OLG Nürnberg, Urteil vom 29.04.2014, Az.: 3 U 2038/13 (beim BGH unter Az.: XI ZR 214/14 anhängig)**

In vorstehender Entscheidung gelangt das OLG Nürnberg zunächst zum Ergebnis, dass es sich bei § 5 Abs. 2 BaySpkO, welcher einen Kontrahierungszwang der Sparkassen bei Girokonten für natürliche Personen auf Guthabenbasis beinhaltet, die Sparkassen nicht nur zur Eröffnung, sondern auch zur Fortführung der Girokonten verpflichtet.

Hiervon ausgehend gelangt das OLG Nürnberg zum Ergebnis, dass die Regelung in Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen, die eine ordentliche Kündigung im Fall zwingender gesetzlicher Vorschriften untersagt, gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstößt, weil sie die beschränkten Kündigungsmöglichkeiten der Sparkassen beim Girokonto auf Guthabenbasis, welches unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 BaySpkO eröffnet wurde, verschleiert.

#### **Praxishinweis:**

Für die Praxis gilt, dass die Entscheidung des OLG Nürnberg bisher noch nicht rechtskräftig ist. Insofern bleibt zunächst abzuwarten, ob der Bundesgerichtshof die durchaus zweifelhaften Ausführungen des OLG Nürnberg zur Auslegung und Interpretation des § 5 Abs. 2 BaySpkO, insbesondere auch unter Berücksichtigung der europäischen Normen, teilt.

Sollte der Bundesgerichtshof dies tun, dann ist davon auszugehen, dass der Bundesgerichtshof entsprechend dem OLG Nürnberg zum Ergebnis gelangt, dass Nr. 26 Abs. 1 der AGB-Sparkassen gegen das Transparenzgebot i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstößt, ebenfalls bejaht.

## **Berufung auf die Schutzwirkungen des § 14 Abs. 1 BGB-InfoV auch bei geringfügigen, marginalen Veränderungen nichtinhaltlicher Art möglich?**

### **OLG Frankfurt, Urteil vom 07.07.2014, Az.: 23 U 172/13**

In vorstehender Entscheidung hält das Oberlandesgericht Frankfurt eine geringfügige, keine inhaltliche Bearbeitung darstellende Abweichung der Widerrufsbelehrung von der Musterbelehrung nach § 14 Abs. 1 BGB-InfoV für unschädlich und gewährt dem Kreditinstitut ungeachtet dessen die Berufung auf die Schutzwirkungen des § 14 Abs. 1 BGB-InfoV entsprechend der Grundsatzentscheidung des XIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 15.08.2012, Az.: III ZR 378/11. In diesem Zusammenhang stellt das OLG Frankfurt zudem fest, dass auch von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine ausnahmslose und hundertprozentige Identität der Verwendung der Musterwiderrufsbelehrung verlangt wird. Vielmehr stünde die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Standpunkt, dass lediglich eine eigene inhaltliche Bearbeitung des Mustertextes der Berufung auf die Schutzwirkung entgegenstünde. So habe der II. Zivilsenat in seinem Beschluss vom 20.11.2012, Az.: II ZR 264/10 dem Kreditinstitut bei der Anpassung der im Muster fehlerhaft wiedergegebenen Fristenregelung die Berufung auf die Schutzwirkung der BGB-InfoV erlaubt.

Ähnlich urteilte auch das Landgericht Frankfurt in einem Urteil vom 06.06.2014, Az.: 2-25 O 489/13, wo sowohl ein Schreibfehler – „Nutzen“ statt „Nutzungen“ – als auch die Aufnahme des Zusatzes in der Überschrift der Belehrung „nach Muster gemäß § 14 der BGB-Informationspflichtenverordnung“ sowie die Angabe einer Großkundenpostleitzahl als unschädlich angesehen wurden (ähnlich auch OLG Bamberg, Ur.v. 25.06.2012, Az.: 4 U 262/11, WM 2013, 927 sowie OLG Düsseldorf, Ur. v. 07.12.2012, Az.: I-17 U 139/11, BeckRS 2013, 06101).

### **Praxishinweis:**

Trotz vorstehend erwähnter und für die Kreditwirtschaft positiver Entscheidungen sollte nicht übersehen werden, dass die Frage, ob bei jeglicher von der Musterbelehrung und deren Gestaltungshinweise inhaltlich sowie gestalterisch abweichenden Gestaltung von Widerrufsbelehrungen die Schutzwirkung verloren geht oder ob dies nur bei inhaltlichen und beurteilungserheblichen Abweichungen gilt, aktuell streitig und vom Bundesgerichtshof noch nicht entschieden wurde. Diesbezüglich hatte der II. Zivilsenat in seinem Urteil vom 18.03.2014, Az.: II ZR 109/13, (lediglich) die Auffassung vertreten, dass man sich dann nicht mehr auf die Musterbelehrung berufen könne, wenn das Institut die Musterbelehrung ersichtlich einer eigenen inhaltlichen Bearbeitung unterzogen hat, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Abweichungen von der Musterbelehrung nur in der Aufnahme von insoweit zutreffenden Zusatzinformationen zu Gunsten des Belehrungsempfängers bestehen.

**FCH Compliance**

Als Kreditinstitut stehen Sie laufend vor neuen gesetzlichen und/oder aufsichtsrechtlichen Herausforderungen – gerade auch im Compliance-Umfeld. Hohe Komplexität, hoher Interpretationsbedarf und rasche Veränderung prägen dieses Themenfeld. Häufig fehlen hierfür Erfahrung und risikoorientierte Expertise bei den Beauftragten vor Ort. Immer mehr Institute ziehen daher die Auslagerung der gesamten Compliance-Funktionen oder von Teilen des Beauftragtenwesens in Erwägung. Hier kommt die FCH Compliance ins Spiel. Wir sorgen für eine mit Ihrer Geschäftsstrategie und Ihren Unternehmenszielen optimal abgestimmte Compliance – fachgerecht, aufsichtskonform, individuell und das alles aus einer Hand.

Weitere Informationen u.a. zur Auslagerung der MaRisk Compliance, WpHG Compliance, Zentralen Stelle, Datenschutz & IT-Sicherheit finden Sie auf <http://www.fchcompliance.de>.

**Abrechnung mit Anlegeranwälten!**

**LG Lüneburg, Urteil vom 25.03.2014, Az.: 5 O 48/14; LG Bückeburg, Urteil vom 24.06.2014, Az.: 2 O 117/13; FAZ-Artikel 21.07.2014, S. 23**

Im Zusammenhang mit der massenweisen Einreichung von Kapitalanlegerklagen betreffend unterschiedliche Dreiländerfonds hat das Landgericht Lüneburg und ihm folgend auch das Landgericht Bückeburg in vorstehenden Entscheidungen bereits die Nichtigkeit der Bevollmächtigung der Anlegeranwälte durch die Verbraucher in Frage gestellt und schon allein aus diesem Grunde erwogen, die Klagen abzuweisen. Zur Begründung ihrer diesbezüglichen Meinung führen beide Gerichte aus, dass erhebliche Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Massenklagen vornehmlich den Sinn hätten, zu Gunsten der Anlegeranwälte Millionenumsätze zu generieren, ohne dabei die Interessen der Mandanten hinreichend zu wahren, weswegen beim Vorgehen der Anlegeranwälte nicht die Durchsetzung des Rechts, sondern lediglich die Umsatzgenerierung zu Lasten der Rechtsschutzversicherung der klagenden Parteien im Vordergrund gestanden hätte. Nicht genug damit. Hieran anschließend wird den Anlegeranwälten die offenkundig unzulässige Erhebung von Feststellungsklagen vorgehalten, weswegen die Klagen von beiden Gerichten bereits als unzulässig abgewiesen werden.

Was die Unbegründetheit der Klagen anbelangt, so wird den Anlegeranwälten zunächst unschlüssiger sowie unsubstanziierter Vortrag hinsichtlich des Vorliegens etwaiger Beratungspflichtverletzungen vorgeworfen. Dies deshalb, weil das jeweilige Gericht aufgrund der Darstellung der Anlegeranwälte nicht zu beurteilen vermochte, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolge – Verletzung des Anlageberatungsvertrages – erfüllt sind. Was wiederum die gerügten Prospektfehler anbelangt, so zeigen beide Gerichte unter Hinweis auf mehrere die Prospekte der Dreiländerfonds betreffende Urteile des Bundesgerichtshofs auf, dass die Prospekte nach Auffassung des Bundesgerichtshofs offenkundig fehlerfrei sind und damit Grundlage einer ordnungsgemäßen Beratung sein können, weswegen unverständlich sei, weswegen entsprechende Prospektrügen nach wie vor durch die Anlegeranwälte erhoben würden.

Schließlich werden die ohnehin unzulässigen und unbegründeten Klagen wegen offenkundiger Verjährung zurückgewiesen. Dies deshalb, weil die zur Hemmung der Verjährung eingereichten Güteanträge weder den an einen Güteantrag zu stellenden Individualisierungsanforderungen genügten, noch der Güteantrag „demnächst“ i.S.v. § 167 ZPO bekannt gemacht wurde.

**Praxishinweis:**

Vorstehende beide Entscheidungen zeigen auf, wie sehr teilweise Anlegeranwälte durch die unbedachte Einreichung von Massenklagen Gerichte verärgern können. Denn eine derartige, von der FAZ als „gnadenlose Abrechnung“ betitelte Urteilsbegründung ist in der Rechtspraxis selten und auch ungewöhnlich. Ungewöhnlich ist auch, dass ein Landgericht aufgrund entsprechender Einlassungen und Erklärungen des Anlegeranwalts in der mündlichen Verhandlung diesem im Urteil eine „bodenlose Unverfrorenheit“ vorwirft sowie sein Vorgehen „als bemerkenswerte Chuzpe“ bezeichnet (so LG Bückeburg).

**Checklisten-Download und Banken-Times Archiv online**

Für alle Bücher aus der Reihe unserer „**Bearbeitungs- und Prüfungsleitfäden**“ stellen wir die enthaltenen Checklisten auf unserer Webseite unter „[Mein FCH](#)“ als veränderbare WORD-Datei zum Download zur Verfügung. Den Zugangscode finden Sie im Buch. Zusätzlich stehen im Bereich „Mein FCH“ auch alle erschienenen Banken-Times und Banken-Times SPEZIAL Ausgaben als PDF zum Download bereit.

## 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, Thomas Göhrig

Sitz der Gesellschaft ist Heidelberg, Amtsgericht Mannheim, HRB Nr. 335598

Zur Abbestellung dieses Newsletters oder zur Aufnahme von Kollegen/Kolleginnen in den Verteiler senden Sie uns bitte eine eMail an [btspezial@fc-heidelberg.de](mailto:btspezial@fc-heidelberg.de).